Der Vorschuß
im bürgerlichen Recht.

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen juristischen Fakultät
der
Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Sigfrid Kober
Referendar in Stuttgart.

Stuttgart.
Druck von Stähle & Friedel.
1914.

Referent: Professor Dr. v. Blume.

Genehmigt am 16. März 1914.

Inhalt.

Seite

Literatur VI

1. Teil.

Wirtschaftlicher und juristischer Tatbestand 1

A. Zweck 1

B. Begriff 5

I. Positive und negative Merkmale 5

II. Abgrenzung von einigen anderen Leistungen 12

1. Abschlagszahlung.
2. Darlehen, Depositum.
3. „Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen" in § 354 HGB.
4. Draufgabe.
5. Barkaution.
6. Beiträge und Einlagen.
7. Urlaubsgehalt.
8. Fester „Spesenvorschuß" beim Mäklergeschäft.
9. „Vorschüsse" der Mitreeder.
10. „Vorschußberechnung".

III. Besondere Fälle 23

1. Giroguthaben.
2. Einschuß beim Börsentermingeschäft.
3. Einschuß beim Kontokurrentverhältnis.
4. Periodische Lohnvorschüsse.
5. Vorschüsse in § 354 HGB.

C. Parteien 30

I. Die Parteien des Grundverhältnisses 30

II. Dritte als Vorschußgeber und Vorschußempfänger . 30

1. Kommissionär, Spediteur, Frachtführer.
2. Anweisung, Zahlungsauftrag.
3. Giroverkehr.
4. Reederei.
5. Konkurs, Nachlaßverwaltung, Zwangsverwaltung, Zwangsversteigerung.
6. Prozeß.
7. Versicherung.

Seite
III. Personenmehrzahl 34
1. Vorschußleistung.
2. Rückerstattung.
IV. Geschäftsfähigkeit 37

2. Teil.
Entstehung und Wirkung des Vorschußverhältnisses . 39

A. Der Vorschußanspruch und seine Durchführung 39
I. Freiwillige und notwendige Vorschußleistung 39
1. Freiwillige Vorschußbewilligung.
2. Vertrag, Arbeitsordnung, Ortsgebrauch.
3. Satzung.
4. Gesetz.
5. Ausschluß des Vorschußanspruchs oder seiner Durchführbarkeit.
II. Benachrichtigung 52
III. Höhe 54
IV. Fälligkeit 54
V. Nichtleistung 55
1. Zurückbehaltungsrecht.
2. Verantwortung.
3. Kein Annahme- oder Leistungsverzug des Vorschußgläubigers.
4. Annahmeverzug des Vorschußschuldners.
5. Leistungsverzug des Vorschußschuldners.
6. Klage.
VI. Nichterhebung und Nichtannahme 63
1. Nichterhebung des Vorschusses.
2. Nichtannahme des Vorschusses.

B. Die Wirkung der Vorschußleistung 65
I. Obligatorische Wirkung 65
1. Schuldtilgung, Anrechnung.
2. Treupflicht des Vorschußempfängers.
3. Verantwortung.
4. Zins.
II. Dingliche Wirkung 70
III. Lohnsicherung 71
IV. Sonderstellung gegenüber der Hauptleistung 75
V. Konkurs des Vorschußgebers 76

C. Rückerstattung des Vorschusses 78
I. Rechtsgrund und Höhe des Anspruchs 78
1. Entstehung.
2. Bereicherung.
3. Unmöglichkeit der Gegenleistung.
4. Einzelne Schuldverhältnisse.
5. Natürliche Verbindlichkeiten.
6. Konkurs des Vorschußempfängers.
7. Zins.

Seite

II. Parteien 83

III. Fälligkeit und Verjährung 84

1. Fälligkeit.
2. Verjährung.

IV. Gegenforderungen 86

1. Aufrechnung, Erlaß.
2. Lohnschutz.

V. Vertrags- und Bereicherungsklage 88

1. Verhältnis der beiden zueinander.
2. Bereicherungsklage.
3. Vertragsklage.

Literatur.

BGB. Kommentar von Reichsgerichtsräten (RGKomm.). 1. Aufl. Nürnberg und Leipzig 1910.

Bendix, Der Kreditauftrag nach dem BGB., im Archiv für bürgerliches Recht, Band 20 (1902) S. 155 ff.

Bittner, Sind Lohneinbehaltungen oder Lohnabzüge für mangelhaft gearbeitete Waren bei Ausbezahlung des Arbeitslohns gewerblicher Arbeiter zulässig? — in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, 77. Jahrgang (1912) S. 326 ff.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 3.

Breit, Einschuß und Sicherheitsleistung (BörsG. §§ 54 f.), in Goldschmidts Zeitschrift für Handels- und Konkursrecht, Band 72 (1912) S. 442 ff.

Broicher, Die Rechtsstellung des mehrgliedrigen Vereinsvorstands eines rechtsfähigen Vereins nach dem BGB., im ArchBürgR., Band 24 (1904) S. 192 ff.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl., Stuttgart 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Band: Rechte an Sachen und an Rechten, Tübingen 1905.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Band II: Die Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Jena 1905—06.

Deutsche Juristenzeitung (DJZ.), Jahrg. 7 (1902), 9 (1904), 10 (1905), 11 (1906), 12 (1907).

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB.,
1. Band: 2. Aufl., Mannheim 1908.
2. „ , 1. Teil: 1. Aufl., Mannheim 1905.
2. „ : 2. „ Mannheim und Leipzig 1910.

Eckstein, Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungserschwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung, im ArchBürgR. Band 37 (1912) S. 390 ff.

Elster, Lexikon des Arbeitsrechts, Jena 1910.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Band, 2. Abt.: Recht der Schuldverhältnisse, 4./5. Aufl., Marburg 1910.

Entscheidungen des Ehrengerichtshofes für Rechtsanwälte (EGH.), Band 7.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.), Band 3, 5, 12, 14, 17, 20, 23, 35, 47, 48, 49, 57, 60, 65, 66, 69, 76, 77.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (ROHG.), Band 16.

Fischer-Henle, BGB., Handausgabe mit Anmerkungen, 8. Aufl., München 1909.

Gewerbe- und Kaufmannsgericht (GewKfmGe.), Band 6 (1901), 7 (1902), 8 (1903), 9 (1904), 14 (1909), 16 (1911).

Huschke, Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen und den dazugehörigen Materien, Stuttgart 1882.

Ihering, Der Zweck im Recht, Leipzig 1877—1883.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 3. Aufl., Berlin 1913.

Joachim-Walter, Die deutsche Gebührenordnung für Rechtsanwälte, erl. von Joachim, 5. Aufl. des Walterschen Kommentars, Berlin 1908.

Juristische Wochenschrift (JW.), Jahrg. 18 (1889), 21 (1892), 31 (1902), 33 (1904), 37 (1908), 41 (1912).

Klein, Inwieweit können „Willensmitteilungen" von Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen und gegenüber Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen vorgenommen werden? — im ArchBürgR., Band 36 (1911) S. 304 ff.

v. Köhler, Stellenvermittlergesetz vom 2. 6. 1910, Textausgabe mit Erläuterungen und Ausführungsbestimmungen, Stuttgart 1911.

Kuhlenbeck, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts, Berlin 1895.

v. Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, 6. Aufl., München 1911—12.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. Leipzig 1902—08.

Lüttich, Gemeindeabgaben in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, im ArchBürgR., Band 37 (1912) S. 299 ff.

Fr. Meyer, Die Rechtsanwaltsordnung, 2. Aufl., hrsg. von G. Meyer, Berlin 1893.

Mez, Ein Beitrag zur rechtlichen Betrachtung des Giroverkehrs, im ArchBürgR., Band 30 (1907) S. 47 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, amtliche Ausgabe (Mot.), Band II und III, Berlin und Leipzig 1888.

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts (JDR.), 2. Jahrg., 1. Band, 1905.

Oertel, Die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegenüber Lohnansprüchen aus einem Arbeits- und Dienstverhältnis, im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, Band 8 (1898) S. 607 ff.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Berlin 1906.

Opet-Blume, Das Familienrecht des BGB., Berlin 1904—06.

Planck, Das BGB., II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. (Prot.), Band I und II, Berlin 1897 und 1898.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. von Mugdan und Falkmann (OLG.), Band 2 und 25.

H. Reichel, Die Mäklerprovision, München 1913.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem BGB., Jena 1900.

Ritter, Durchkonnossemente und große Havarei, im ArchBürgR., Band 36 (1911) S. 102 ff.

Rittmann, Das deutsche Gerichtskostengesetz, 2. Aufl., 1900.

G. Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905.

Salinger, Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 47 (1903) S. 81 ff.

Schaps, Das deutsche Seerecht, Kommentar zum IV. Buche des HGB., Berlin 1906.

Schöny, Treuhandgeschäfte, im ArchBürgR., Band 35 (1910) S. 291 ff.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Band 59 (1904), 67 (1912), 68 (1913).

Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung, Berlin 1902.

Soziale Praxis (SozPr.), Band 5 (1896), 8 (1899), 10 (1901), 14 (1905).

Stadthagen, Das Arbeiterrecht, Stuttgart 1900.

Staubs Kommentar zum HGB., 9. Aufl., Berlin 1912—13.

v. Staudingers Kommentar zum BGB., Band II: Recht der Schuldverhältnisse, 7./8. Aufl., München und Berlin 1912.

Stein, Die ZPO. für das Deutsche Reich, 11. Aufl. des von L. Gaupp begründeten Kommentars, Tübingen 1913.

Weidemann, Der Kreditauftrag, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 53 (1903) S. 429 ff.

Wölbling, Der Akkordvertrag und der Tarifvertrag, Berlin 1908.

1. Teil.

Wirtschaftlicher und juristischer Tatbestand.

A. Zweck.

Der Wunsch, bei Vertrags- oder anderen Rechtsverhältnissen für Auslagen, die für die Durchführung des Geschäfts oder für persönliche Bedürfnisse während dieser Zeit notwendig werden, nicht auf den späteren Ersatz vertröstet zu sein, sondern die nötigen Barmittel im voraus zu erhalten, äußert sich im Verlangen nach „Vorschuß". So fordert der Beauftragte vom Auftraggeber, der Angestellte vom Prinzipal, der Unternehmer vom Besteller, der Verkäufer beim Lieferungsgeschäft vom Käufer, der Rechtsanwalt vom Klienten, die Hausfrau vom Ehemann Vorschuß; die Staatskasse erhebt Gebührenvorschüsse in mannigfacher Art; auch ohne ausdrückliches Verlangen werden unter Umständen Vorschüsse gewährt, z. B. vom Kommissionär, von dem Kaufmann, der „einem anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet" (§ 354 HGB.), vom Spediteur, vom Frachtführer usw.; auf eine Reihe weiterer Beispiele wird die Einzeluntersuchung noch führen.

Die Gewährung von Vorschüssen hat *ökonomische Zwecke*, die je nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis für beide Parteien vorteilhafte Gesichtspunkte bieten.

Dem *Empfänger* des Vorschusses verschafft dieser vornehmlich eine *Sicherung der Gegenleistung* und die Ermöglichung oder wenigstens *Erleichterung seiner eigenen Leistung*. Den ersten Gesichtspunkt, die teilweise Sicherung des Gläubigers der Leistung des Vorschußgebers, erwähnt z. B. Oertmann zu § 336 BGB.; Lotmar verbreitet sich in seinem „Arbeitsvertrag", Band I S. 377, eingehend darüber. Der Vorschuß dient dem Arbeitnehmer (in dem umfassenden Sinne Lotmars), aber ebenso auch dem Verkäufer, Vermieter u. a. neben anderen Mitteln (Zurückbehaltungsrecht, Suspendierung der Vorleistungspflicht, Vorzugsrecht im Konkurs usw.) zur Bekämpfung (Beseitigung oder wenigstens Abschwächung) seiner Kreditgefahr, denn seine Entgeltforderung erweist sich oft nach der Bewirkung seiner eigenen Leistung als nicht realisierbar.

Eine Einteilung der *Vorschußarten* nach zwei Gesichtspunkten muß hier gleich vorgenommen werden. Der Vorschuß kann auf die

Vergütung, z. B. des Dienstverpflichteten, gegeben werden und ist dann Vorausleistung im Gegensatz zu § 614 Satz 1 BGB.; in anderen Fällen wird er lediglich für Auslagen gewährt, wofür § 669 BGB. das nächstliegende Beispiel ist; endlich kann er Vergütung und Auslagen zusammen betreffen, wie z. B. in § 84 der Rechtsanwaltsgebührenordnung, wo der Vorschuß sich im Gegensatz zu § 669 BGB. nicht nur auf die Auslagen, sondern auch auf die Gebühren bezieht[1]).

Von diesen beiden Hauptarten des Vorschusses — Vergütungsvorschuß (oder Entgeltvorschuß) und Auslagenvorschuß — wird besonders der Vergütungsvorschuß im Interesse des Empfängers, also in fremdem Interesse gegeben, während der Auslagenvorschuß vorwiegend dem eigenen Interesse des Vorschußgebers dient. Denn vor allem des Empfängers Nutzen ist es, wenn er die Vergütung ganz oder zum Teil bälder erhält, um davon seinen Lebensunterhalt oder die Generalunkosten für Warenlieferung bestreiten zu können, und im wesentlichen nur mittelbar entspringen daraus für den Geber die unten (S. 4) zu schildernden Vorteile der Sicherung der Leistung, der die Vergütung gilt. Der Auslagenvorschuß andererseits verschafft dem Empfänger keinen positiven Nutzen, sondern bedeutet für ihn nur die Vermeidung einer Ausgabe für den anderen Teil, für den Geber dagegen die Vermeidung einer Ersatzschuld. Wenn diese Unterscheidung auch in vielen Fällen durch andere Beweggründe und Zwecke verwischt wird, so ist sie doch grundsätzlich für diese beiden Gruppen des Vorschusses so typisch, daß sie immer wieder hervortritt und ihnen unbeschadet aller besonderen Einzelerscheinungen einen grundsätzlichen Charakter verschafft[2]). Man kann deshalb beim Vergütungsvorschuß im allgemeinen von einem Kreditzweck, beim Auslagenvorschuß von einem Geschäftsbesorgungszweck sprechen. — Wo der Vorschuß im Hinblick auf Vergütung und Auslagen zusammen gegeben wird, mischen sich die hervorgehobenen Zwecke entsprechend dem Vorwiegen der einen oder der anderen Bestimmung.

Diese Frage, worauf ein Vorschuß gegeben wird, d. h. auf welche Leistungsart — Vergütung, Auslagenersatz oder Mischung von beidem — er angerechnet[3]) werden soll, ist zu unterscheiden von der Frage, wofür er zur Deckung dienen soll, nämlich ob er allgemeine oder besondere Kosten des Empfängers betrifft, also z. B. beim Arbeiter:

[1]) Joachim-Walter zu § 84.
[2]) Vgl. besonders unten S. 6, 39 f., 68, 78.
[3]) Vgl. unten S. 65 ff.

ob der Vorschuß zur Bestreitung seines Lebensunterhalts oder zur Vorauserstattung von Fahrtauslagen dienen soll, beim Verkäufer: ob der Vorschuß die Generalunkosten des Unternehmens decken helfen oder nur Frachtaufwendungen ersetzen soll. Wo der Vorschuß als Vorausleistung reinen Auslagenersatzes gegeben wird, wie bei den §§ 369, 403, 669 u. a. BGB., beantwortet die Frage sich glatt in dem Sinne, daß nur diese besonderen Barauslagen gedeckt werden sollen und daß daher eine Rückforderung Platz greift, wenn diese Auslagen nicht in dem erwarteten Maße erwachsen. Die Möglichkeit, daß ein Vorschuß, der im Normalfalle die Aufwendung bestreiten soll, in einem Sonderfalle nur einen Teil davon zu decken braucht, ergibt sich aus der Vorschrift des § 369 Abs. 2 BGB.: der Schuldner hat nur die Kosten vorzuschießen, die durch Quittungsleistung des ursprünglichen Gläubigers veranlaßt worden wären, und zwar jedem der Gläubiger den der Größe seiner Forderung entsprechenden Teil [1]). — Vorschuß auf Lohn, Mietzins, Kaufpreis dagegen ist zwar Vorausleistung auf die Vergütung als solche, soll aber — wie auch der Vorschuß auf Vergütung und Auslagen zusammen — nicht nur Entgelt dafür sein, daß die Arbeitskraft im Interesse des Arbeitgebers aufgewandt, eine Sache zeitweise zur Benutzung überlassen, eine Ware geliefert wird, sondern außerdem dazu beisteuern, den allgemeinen Lebensunterhalt, die Kosten der Erhaltung der gemieteten Sache, die besonderen Beschaffungskosten für die Ware und überhaupt alle notwendig werdenden Einzelauslagen zu decken.

Nicht ins Gebiet der Bekämpfung der Kreditgefährdung, die für alle diese Gebiete von Bedeutung ist, gehört die Vorauszahlung des ganzen Entgelts vor Bewirkung irgendeines Teils der Gegenleistung, weil in diesem Falle nur für den Arbeitgeber, Käufer, Mieter eine Kreditgefahr bei Ausbleiben der Leistung des Vorschußempfängers besteht; überhaupt nicht hierher gehört die Teilzahlung nach Fälligkeit, weil bei einer solchen nicht ein Vorschuß, sondern eine Abschlagszahlung (nämlich mit Stundung des Rests oder Annahme einer Teilzahlung im Sinne des § 266 BGB.) [2]) in Frage steht. Vielmehr handelt es sich in diesem Zusammenhange nur um

a) Zahlung der ganzen Vergütung oder Aufwendung vor Fälligkeit nach Bewirkung der ganzen oder teilweisen Gegenleistung; hier wird die Kreditgefahr für die Zukunft ganz aufgehoben;

b) Zahlung eines Teils des Betrags vor Fälligkeit nach Bewirkung der ganzen Gegenleistung oder eines Teils oder überhaupt

[1]) Staudinger, Anm. 3 zu § 369.

[2]) Vgl. unten S. 12 f.

vor ihrer Bewirkung; dadurch wird eine Verringerung der Kreditgefahr nach Zeit und Betrag erreicht, nämlich ihre teilweise Aufhebung für die ganze oder teilweise Zeit vor Fälligkeit.

Dem Empfänger des Vorschusses soll mit diesem aber auch seine eigene Leistung erleichtert werden: der Unternehmer beim Werkvertrag braucht Geld für Maschinen, Arbeitsmaterial, Löhne, der Akkordarbeiter für sein Werkzeug, der Schauspieler für Kostüme, der Verkäufer beim Lieferungsgeschäft für die Beschaffung der von ihm zu liefernden Ware; persönliche Auslagen sind oft nötig: bei langen Wegen für das Fahrrad oder die Bahn, ferner für den Aufenthalt am Arbeitsort (z. B. beim Arbeiter, der auf Montage auswärts arbeitet) u. a. m. Endlich muß der die Leistung Bewirkende bis zur Fälligkeit des Entgelts (vgl. § 614 BGB.) seinen und seiner Familie Lebensunterhalt fristen. In allen diesen Fällen wird die Leistung durch den Vorschuß erleichtert und häufig erst ermöglicht. Unter Umständen verbindet sich damit ein Ansporn zur Leistung, z. B. beim Akkordarbeiter, der den am Lohntage zu berechnenden Akkordüberschuß trotz dem Vorausempfang auf eine gute Höhe bringen will.

Dies leitet schon zu den Vorteilen für den Vorschußgeber über. Je größer die so erreichte Intensität der Arbeit (um bei dem industriellen Beispiel zu bleiben), desto besser das Verhältnis zu den Generalunkosten des Betriebs (Gebäudekosten usw.). Die freigebige Gewährung von Vorschüssen wird auch dem Gewinnen und Festhalten von Arbeitskräften wie von Geschäftsverbindungen förderlich sein, wenn nicht Unmöglichkeit der Leistung, Vorschußprellerei oder andere Störungen dazwischenkommen. Endlich gibt — wie Wölbling a. a. O. S. 182 hervorhebt — die Hingabe eines Vorschusses die Möglichkeit, Kreditierung des Entgeltrestes (über den Fälligkeitszeitpunkt hinaus) zu verlangen. Unter Umständen kann durch Vorschuß auch die rasche und einfache Abwicklung des vorliegenden Geschäfts, Ersparnis von Korrespondenz oder Geldversendung herbeigeführt werden, z. B. wenn der Kommissionär von sich aus (wenn auch nach § 393 HGB. allenfalls auf eigene Gefahr) auf das Kommissionsgut einen Vorschuß gibt, der ihm dann bei der Abrechnung mit dem Kommittenten einen Aktivposten verschafft.

Der Vorschußgewährung stehen allerdings immer die Bedenken entgegen, die bei jeder Leistung vor Empfang oder Sicherstellung der Gegenleistung auftauchen: die Gefahr, die Gegenleistung nicht oder nicht zufriedenstellend zu erhalten und um den Vorschuß geprellt zu werden. Beim Arbeiter wird eine Grenze der Vorschußgewährung durch die Linie gebildet, wo der Lohnanspruch erschöpft zu werden

droht: der Arbeiter will und kann am Lohntag nicht mit leerer Tasche nach Hause kommen und wird deshalb bald den Lohn für zu niedrig erklären, seine Erhöhung verlangen und bei Ablehnung dieser Forderung weglaufen; deshalb ist bei der Zubilligung des Vorschusses rechtzeitige Zurückhaltung notwendig [1]).

B. Begriff.

I. Positive und negative Merkmale.

Vorschuß ist eine Vorausleistung auf eine Leistungsschuld. Oder: Vorschuß ist eine Leistung zur teilweisen oder vollständigen Erfüllung oder zur Vermeidung eines (voraussichtlich) künftig fälligen Anspruchs aus einem bestehenden Rechtsverhältnis.

Man muß den Begriff sehr weit fassen und nach allen Seiten offene Türen lassen, denn die Mannigfaltigkeit der Möglichkeiten verbietet jede Spezialisierung. Schon Staubs [2]) Definition, Vorschüsse seien „Vorausleistungen auf zu erfüllende Verträge", ist nicht allgemein brauchbar, weil z. B. der Vorschuß der Hausfrau, des Vormunds, des Pflegers sich nicht auf Erfüllung eines Vertrags zwischen Vorschußgeber und -empfänger bezieht, sondern auf familienrechtliche Verhältnisse gründet [3]). Es wäre auch nicht allgemein richtig, zu sagen, der Vorschuß werde in Erwartung einer Gegenleistung gegeben; in den Fällen, wo der Vorschuß auf eine Vergütung gewährt wird, läßt sich zwar hiervon sprechen, dagegen da nicht, wo er nur für Aufwendungen bestimmt ist: das Tun, das durch die Vorschußgewährung bezweckt wird, ist nicht die Gegenleistung für diese, sondern eine — durch die Vorschußleistung allerdings oft bedingte — in zweiter Linie stehende Tätigkeit des Vorschußempfängers zur Förderung seiner Hauptleistung, deren Teil es ist; da also die von dem Vorschuß bezweckte Einzelhandlung (z. B. Fahrt ins Nachbardorf) nicht als eine Gegenleistung bezeichnet werden kann, die Gesamttätigkeit des Vorschußempfängers aber durchaus nicht immer eine solche ist, wie z. B. die Tätigkeit der Hausfrau, deren Wirken auf familienrechtlicher Grundlage beruht, so muß der Ausdruck „Gegenleistung" aus der Begriffsbestimmung ausgeschieden werden.

---

[1]) Vgl. auch unten S. 27.

[2]) Anm. 10 zu § 354.

[3]) Von den zahlreichen öffentlich-rechtlichen Vorschüssen, z. B. des Prozeßrechts, ganz zu schweigen.

Entsprechend dem oben S. 2 hervorgehobenen wirtschaftlichen Unterschied zwischen Vergütungs- und Auslagenvorschuß ist hier auch die rechtliche Scheidung dieser zwei Gruppen vorzunehmen:

1. Der Vergütungsvorschuß wird (in fremdem Interesse und) in Erwartung einer Gegenleistung gegeben und ist den Austauschverhältnissen (gegenseitigen Verträgen) eigen (bei diesen ist aber auch Auslagenvorschuß häufig, vgl. BGB. §§ 675, 669). Er soll im Normalfall zwar nicht zurückgegeben, aber durch eine Gegenleistung aufgewogen werden; insofern ist er darlehensähnlich.

2. Der Auslagenvorschuß wird (im eigenen Interesse des Gebers) zur Vermeidung künftiger Ersatzforderung gegeben. Der Anspruch auf vorsorgliche Befriedigung künftiger Ersatzforderung ist zu einem besonderen Anspruch auf Vorschuß ausgestaltet (BGB. § 669 anstatt nur § 670). Er gründet sich auf Geschäftsbesorgung und hat einen fiduziarischen Charakter[1]). — Da der Ersatz für die Aufwendungen im allgemeinen nicht freiwillig geleistet wird, gehört auch der Vorschuß für solche nicht zu den freiwilligen Vorschüssen, während beim Vergütungsvorschuß diese Frage von den Umständen des Falles abhängt[2]).

Daß der Vorschuß Vorausleistung auf einen Leistungsanspruch ist, bedeutet, daß die Leistung vor Fälligkeit dieses Leistungsanspruchs erfolgt, im Gegensatz zur Abschlagszahlung[3]). Der Vorschußanspruch selbst kann sehr wohl fällig sein. Daß dagegen der Anspruch auf die Endleistung nicht fällig ist, liegt im Wesen des Vorschusses. Der Gegenstand des Vorschußanspruchs ist je nach dem Falle etwas ganz Verschiedenes: wie schon oben (S. 1 f.) erwähnt, kann er die Vergütung, den Aufwendungsersatz oder beides zusammen betreffen. Im ersten Falle wird der Vorschuß — wenn die zu vergütende Leistung schon bewirkt ist — als Vorausleistung auf den schon entstandenen, aber noch nicht fälligen Vergütungsanspruch gegeben. Im zweiten Falle ist der Anspruch auf Aufwendungsersatz bei Leistung des Vorschusses nicht bloß noch nicht fällig, sondern er kann noch nicht einmal bestehen, denn sonst käme gar kein Vorschußanspruch, sondern gleich der Ersatzanspruch in Betracht[4]). Im dritten Falle gründet sich der Vorschußanspruch deshalb teils auf den nächstdem entstehenden oder schon entstandenen, jedenfalls aber noch nicht fälligen Vergütungsanspruch, teils auf den aller Voraussicht nach entstehenden, jedenfalls aber noch nicht entstandenen Auslagenersatzanspruch.

---

[1]) Vgl. unten S. 67 f.

[2]) Vgl. unten S. 39 ff.

[3]) Diese ist z. B. in § 208 BGB. erwähnt. Vgl. über sie unten S. 12 f.

[4]) Zur Vermeidung dieses Ersatzanspruchs dient der Vorschuß.

Zahlung einer noch nicht bestehenden Schuld kommt da und dort vor, z. B. beim Lieferungsgeschäft als Zahlung des Kaufpreises während Ungewißheit der Liefermöglichkeit; sie ist bedingte Vorauszahlung[1]). Vorschußzahlung auf eine solche noch nicht zur Entstehung gelangte Forderung begegnet ebenfalls öfters[2]), wie z. B. § 84 RAGebO. einen Vorschuß als Vorausbezahlung der etwa notwendig werdenden Gebühren und Auslagen vorschreibt. Ganz allgemein hat der Vorschuß für Auslagen diesen Charakter, denn solange die Auslagen nicht gemacht sind, besteht auch kein Ersatzanspruch, und sobald sie gemacht sind, verwandelt sich der Vorschußanspruch in den Ersatzanspruch im Sinne des § 670 BGB. Der Anspruch auf Vorausleistung hat hier unter der Bezeichnung des Anspruchs auf „Vorschuß" den Rang eines selbständigen Anspruchs gegenüber dem Aufwendungsersatzanspruch erhalten[3]). Dieser Vorausleistungsanspruch wird also fällig, während der Anspruch auf den Aufwendungsersatz noch nicht erwachsen ist. Dasselbe gilt aber auch vom Vorschuß auf die Leistungsvergütung, solange die zu entgeltende Leistung noch aussteht, wenn nach besonderer Vereinbarung erst mit ihrer Bewirkung der Vergütungsanspruch entstehen soll, auf den sich der Vorschuß bezieht: wird die Ware nicht geliefert, die Arbeit nicht geleistet, so kommt der Entgeltanspruch gar nicht zur Entstehung, während ohne solche Vereinbarung der Entgeltanspruch zwar entsteht (vgl. z. B. BGB. §§ 433, 611), aber erst infolge der Gegenleistung fällig wird. So hebt schon die frühe RG.-Entscheidung im Band 3 S. 87 ff. diesen provisorischen Charakter der Vorschußleistung hervor, indem sie ausspricht, es sei allgemeiner Verkehrswille, daß bei Genuskäufen die gegen das Konnossement geleistete Zahlung nicht als Zahlung, sondern als Vorschußleistung, provisorische Zahlung, gewährt und angenommen werde; dann bestehe ein Rückforderungsrecht bezüglich des Geleisteten, wenn der Verkäufer nicht vertragsmäßig oder nicht gesetzmäßig erfüllt habe; es liege hier eine provisorische Erfüllung des Kaufs vor, d. h. unter der Voraussetzung, daß die Ware vertragsmäßig ausfalle, denn der Verkäufer müsse dem Käufer die Möglichkeit geben, die vertragsmäßige und gesetzmäßige Beschaffenheit der Ware vor Zahlung zu prüfen[4]).

[1]) Breit, a. a. O. S. 457 f.

[2]) Und ist z. B. erwähnt vom RG. in JW. 1908 S. 684, von Kuhlenbeck in JW. 1904 S. 402; Oertmann, Vorb. 7 zu Darlehen; Breit, a. a. O. — Nur das Rechtsverhältnis muß schon (und noch) bestehen, vgl. unten S. 8.

[3]) Vgl. oben S. 6.

[4]) Daß die condictio causa data causa non secuta ebenso eingreift, wenn die Zahlung als eine endgültige gewollt war, ist bei dem hier zu zeigenden Gesichtspunkte unwesentlich.

Indes wohnt der provisorische Charakter nicht nur dem Vorschuß auf erst künftig entstehende Forderungen inne, sondern jedem Vorschuß, also auch dem auf bestehende, aber noch nicht fällige Forderungen. Der Unterschied besteht lediglich darin, daß bei der ersten Art in besonders starkem Maße damit gerechnet wird, daß das Verhältnis sich nicht in der gewollten Weise abwickeln werde.

Der Vorschuß wird im Hinblick auf ein schon bestehendes oder noch bestehendes Rechtsverhältnis gewährt. Dies hat folgenden Grund. Sendet z. B. ein Kaufmann einem Stellensuchenden mit Rücksicht auf einen voraussichtlich zum Abschluß gelangenden Dienstvertrag oder einem anderen Kaufmann wegen eines abzuschließenden Kaufvertrags als Vorausleistung auf die Vergütung[1]) einen Geldbetrag für die Reise zu mündlicher Besprechung der Bedingungen, so wäre er — wollte man das Geld als Vorschuß betrachten — bei Nichtzustandekommen des Vertrags so ungünstig gestellt, wie er weder selbst bei der Leistung gewollt hat, noch der andere Teil ihm unterstellen konnte; er hätte nämlich nur die durch Verbrauch des Reisegelds beeinträchtigte condictio causa data causa non secuta (BGB. §§ 812, 818 Abs. 3). Da (sofern) aber die Parteien für diesen Fall Rückzahlung des ganzen empfangenen Betrags im Auge gehabt haben, muß die Summe als Darlehen mit Aufrechnungsvertrag gedacht gewesen sein. Daß die Aufrechnung im Umfange des § 394 BGB. durch das LohnBG. wegen § 2 Abs. 2 rechtlich ausgeschlossen ist[2]), wiegt gegenüber der Vermeidung sicheren Verlustes um so weniger schwer, als die hier in Betracht kommenden Arbeitsverhältnisse meist außerhalb des Rahmens der Lohnsicherung liegen werden. — Ist daher ein Betrag, der wegen eines erst in Aussicht genommenen Rechtsverhältnisses gewährt ist, kein Vorschuß, so ist bei Dienstverhältnissen unter demselben Gesichtspunkte der Rückzahlung eine vor Fälligkeit erfolgte Lohnzahlung an den Arbeitnehmer nur insoweit als Vorschuß anzusehen, als der Bestand des Verhältnisses rechtlich gesichert ist; für den überschießenden Betrag dagegen liegt ein Darlehen mit Aufrechnungsvertrag vor[3]). Denn endet das Verhältnis aus Zufall, so hätte der Arbeitgeber wieder nur den durch § 818 Abs. 3 geschmälerten

---

[1]) Ein Auslagenvorschuß kommt hier nicht in Betracht, da es sich ja nicht um eine Geschäftsbesorgung für den Geber handelt, sondern um eine im Interesse des Empfängers gewährte Vorausleistung auf die Endleistung in Erwartung der Gegenleistung. Sollte die Anrechnung ausgeschlossen sein, so wäre die Leistung ein Geschenk.

[2]) Siehe unten S. 17 mit Anm. 2.

[3]) Vgl. unten S. 17 und 18.

Bereicherungsanspruch (§ 323 Abs. 3), während bei Darlehen seiner Rückforderung nur tatsächliche Schwierigkeiten entgegenstehen.

Der Vorschuß muß in das Vermögen (Eigentum) des Empfängers übergehen. Über den dinglichen Vorgang ist später[1]) zu sprechen; hier ist nur auf die begriffliche Notwendigkeit hinzuweisen. Der Auslagenersatzanspruch entspringt daraus, daß dem Vermögen des — beispielsweise — Beauftragten im Interesse des Auftraggebers Werte entnommen werden, die wieder zu erstatten sind. Würde der Beauftragte nicht eigene Vermögenswerte, sondern Mittel eines Dritten aufwenden, so könnte man nicht von Auslagen sprechen, sondern lediglich von Ausführung des Auftrags mit fremden Mitteln; der Dritte hätte dann den Ersatzanspruch. Daraus folgt, daß der Ersatz, mag er nun nachträglich (§ 670 BGB.) oder vorschußweise (§ 669) geschehen, ins Vermögen des Beauftragten fließen muß: würde man nur ein (selbständiges oder unselbständiges) Verwahrungsverhältnis bezüglich des Vorschusses annehmen, so hätte man es wieder nicht mit Aufwendungen des Beauftragten zu tun, sondern mit Verwendung der anvertrauten fremden Mittel. Möglich ist natürlich, daß die Parteien von „Vorschuß" sprechen, während sie ein depositum irregulare im Auge haben; hier muß eben die Parteiabsicht aus der Sachlage ergründet werden.

Beim Vergütungsvorschuß springt die Notwendigkeit des Eigentumsübergangs als Begriffsmerkmal gleichfalls in die Augen. Seine Zweckbestimmung ist der Verbrauch für Lebensunterhalt, Betriebskosten Beschaffungskosten u. a. m. — je nach dem Falle. Auch hier begegnet wieder der Aufwand zu ersetzender Werte aus dem eigenen Vermögen des Betreffenden und daher die Notwendigkeit des Übergangs der Vorschußleistung in dieses Vermögen.

An Stelle dieser einfachen Übereignung könnte übrigens nur depositum irregulare mit Verbrauchsgestattung (§ 700 BGB.) in Betracht kommen, wobei wegen der Anwendung der Darlehensregeln ebenfalls Eigentumsübergang stattfände; daß aber dieses Rechtsverhältnis wegen der dabei normalen Rückerstattungspflicht nicht in Frage kommt, ist später[2]) zu zeigen.

Der Vorschuß ist nicht etwa begrifflich eine teilweise Leistung wie die Abschlagszahlung[3]). Vielmehr kann sie nach zwei Richtungen die ganze Höhe der zu bewirkenden Leistung haben. Wo es sich nur um einen Auslagenvorschuß handelt, wie bei § 669 BGB. und in ver-

[1]) Siehe unten S. 70.
[2]) Unten S. 14.
[3]) Über diese siehe unten S. 12 f.

wandten Fällen, da ist der Vorschuß nicht Teil einer ihn umfassenden Hauptleistung, sondern selbst schon die ganze Leistung; und wo Vorschuß auf eine Vergütung oder auf eine Vergütung mit Aufwendungsersatz in Rede steht, da kann die ganze Leistung vorschußweise auf einmal oder in (gleichen oder ungleichen) Raten gegeben werden und so den Charakter einfacher Vorleistung an Stelle von Leistung Zug um Zug oder von Nachleistung annehmen, dies zum Beispiel wenn Lohnvorschüsse allmählich den ganzen Betrag der laufenden Lohnperiode erreichen. Endlich aber kann der Vorschuß, so gut er sich auf eine noch gar nicht bestehende Schuld beziehen kann (vgl. oben S. 6 f.), ebenso nur teilweise eine solche betreffen, mit anderen Worten, über den Betrag der Schuld hinausgehen. Dies geschieht bei den periodischen Akkordvorschüssen leicht; der Vorschußbetrag, der in solchem Falle nicht zur Verrechnung gelangen kann, ist dann als auf die nächste Lohnperiode gegeben anzusehen.

Der Vorschuß wird meist in Geld bestehen. Begrifflich notwendig ist dies aber nicht. Zuzugeben ist, daß er im allgemeinen in Geld verlangt werden kann, und zwar ist der Vorschuß bei Aufwendungsersatz auch dann in Geld zu gewähren, wie Staudinger [1]) richtig bemerkt, wenn die erforderlichen Aufwendungen in anderen Gegenständen als Geld, z. B. in Futter, bestehen; denn sonst hätte man es gar nicht mit Auslagenersatz, sondern mit einfacher Hingabe des benötigten Materials selbst zu tun. Wo Geld verlangt werden kann, braucht sich der Vorschußgläubiger auch nicht Schecks oder Wechsel oder Überweisung auf sein Girokonto [2]) gefallen zu lassen, da ja diese Leistungen nur zahlungshalber geschehen. Es sind aber Fälle denkbar, wo der Vorschuß in anderen Gegenständen als in Bargeld besteht. Opet-Blume ziehen bei § 1835 BGB. nur Geld in Betracht [3]). Wo aber die Vormundschaft zwar nicht vermögenslos, aber ohne bare Mittel ist, da muß der Vormund eben vorhandene Gegenstände (Familienbilder, Geschirr, Ringe, Bücher u. dgl.) nehmen (und zwar Fahrnis ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts). Versilbert er nun die Gegenstände, so bildet erst der Verkaufserlös den Vorschuß; dieser besteht also auch hier in Geld. Behält der Vormund aber die Gegenstände selbst an Erfüllungs Statt (etwa aus Gefallen an Familienstücken oder wegen des rascheren Eigentumserwerbs), so besteht der Vorschuß aus ihnen, also nicht aus Geld; man kann dabei auch nicht sagen, der Vormund habe statt eines

[1]) Anm. 1 zu § 669.
[2]) RG. in JW. 1892 S. 483.
[3]) Anm. 4 zu § 1835.

Vorschusses diese Gegenstände bekommen, denn der Vorschuß ist kein Substanzbegriff, sondern eher etwa ein Zweckbegriff. Der Vormund hat dann an Stelle der an sich geschuldeten Geldleistung freiwillig eine andere, nämlich die Leistung in Bildern od. dgl. an Erfüllungs Statt *als Vorschuß* angenommen.

In gleicher Weise kann auch der *Vergütungsvorschuß* in einer Sache bestehen, z. B. wenn bei Austausch von Pferd und Ochse der eine Gegenstand oder beide vor Fälligkeit hingegeben werden.

Dies ist zugleich ein Beispiel dafür, daß unter Umständen der Vorschuß in dieser Form angenommen werden *muß*. Wenn die Endleistung in einer Sache bestehen und gar kein Geld verwendet werden soll, so muß sich der Vorschußempfänger naturgemäß auch die vorschußweise Leistung dieser Sache gefallen lassen. Ein wichtiger Fall des Sachvorschusses ist ferner die vorschußweise Warenkreditierung im Rahmen des § 115 Abs. 2 Satz 2 GewO. Diese Bestimmung stellt eine Ausnahme der in Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 enthaltenen Vorschriften zur Verhütung des Truckſystems auf und erlaubt, Naturallohn der näher bezeichneten Arten zu verabfolgen und bei der Lohnzahlung zum Selbstkostenpreis anzurechnen [1]). Was hier für die Lohnzahlung im allgemeinen bestimmt ist, muß auch für den Lohnvorschuß gelten, da dieser ja antizipierte Lohnzahlung ist: der Vorschuß kann also nicht bloß seinem Begriffe nach auch in anderen Gegenständen als Geld *bestehen*, sondern im Umfange des § 115 Abs. 2 Satz 2 GewO. auch (in den hierunter fallenden Gegenständen) *aufgenötigt* werden. Abs. 1 verbietet insbesondere die Bezahlung in Bons, Anweisungen, Marken u. dgl., natürlich auch für Lohnvorschüsse; im Rahmen von Abs. 2 Satz 2 ist jedoch dagegen nichts einzuwenden, wenn die Bons usw. auf den Arbeitgeber selbst lauten und als Lohnvorschüsse gegeben wurden.

Allgemein ist demnach zu sagen: wo die Hauptleistung in Naturalien besteht, besteht auch der Vorschuß in solchen und muß nach der Natur der Sache in solchen angeboten und angenommen werden. Praktische Anwendung findet dieser Satz besonders in ländlichen Verhältnissen, wo — z. B. „im Austrag" oder früher bei Pfründen — alle möglichen Unterhaltsgebührnisse in Naturalien gegeben werden und demnach der Vorschuß auf diese Leistungen in x Scheffeln Korn, in y Klafter Holz u. dgl. besteht.

Die oben S. 10 f besprochenen Beispiele des Vormunds und des Tausches bestimmter Sachen zeigen, daß es sich beim Vorschuß auch

---

[1]) Über diese Anrechnung siehe unten S. 73 f.

nicht notwendig um vertretbare Sachen handelt, sondern daß auch individuell bestimmte Gegenstände in Betracht kommen.

In diesen Fällen erfolgt die Anrechnung auf die künftig fällig werdende Endleistung, wenn diese in Geld besteht, durch Einsetzung des Geldwerts des Vorschußgegenstands.

Der abredegemäßen Erfüllung in Geld und Anrechnung der entsprechenden Menge von Sachen steht natürlich nichts im Wege.

Vorschüsse bestehen also begrifflich aus Geld- oder Sachleistungen, dies letzte praktisch jedoch nur dann, wenn es der Natur besonderer Verhältnisse entspricht.

II. Abgrenzung von einigen anderen Leistungen.

Aus diesen Feststellungen ergibt sich die Unterscheidung von einigen anderen Leistungsarten, die wegen ihrer Berührungspunkte mit dem Vorschuß nicht immer scharf von ihm getrennt werden. Es handelt sich dabei im wesentlichen um die Abgrenzung des Vergütungsvorschusses von den zu besprechenden Fällen. Denn der Auslagenvorschuß unterscheidet sich in seiner typischen Erscheinung von ihnen von vornherein durch den bei ihm vorwiegenden Zweck des Gebers, einer künftigen Ersatzschuld für Aufwendungen vorzubeugen. Nur in den Fällen des Konkurses, der Nachlaßverwaltung, der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung [1]) geschieht die Hingabe des Gelds mit Rücksicht auf zu bestreitende Aufwendungen; beim Mäkler [2]) soll sie in der zu besprechenden Form eine Mischung von Vergütung für die Mühewaltung und von Aufwendungsersatz sein.

1. Während der Vorschuß vor Fälligkeit oder gar vor Entstehung des Hauptanspruchs geleistet wird, geschieht die Abschlagszahlung nach Eintritt der Fälligkeit der Schuld; ferner ist sie nie Zahlung der ganzen Schuld [3]), sondern immer eine Teilleistung: sie ist eine Teilleistung im Sinne des § 266 BGB. nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld. Ihre Annahme kann, wie Lotmar [4]) ausführt, entweder in dem Sinne geschehen, daß der Gläubiger in eine Verschiebung der Zahlungszeit für den übrigen Teil der Schuld willigt, diese also zu diesem Teile stundet, oder kann die Annahme in dem Sinne erfolgen, daß der Gläubiger nicht stundet, sondern die Teilzahlung annimmt, um wenigstens diese zu erhalten. Dagegen wenn vor Eintritt der Fälligkeit ein Teil der Leistung bewirkt wird, so ist dies nicht „eine

[1]) Siehe unten S. 19.
[2]) Siehe unten S. 22.
[3]) Vgl. oben S. 9 f.
[4]) Band I S. 387 ff.

Abschlagszahlung als Teilzahlung und zugleich eine Vorschußzahlung, weil vor Fälligkeit", wie Lotmar meint, sondern lediglich eine vorschußweise Teilleistung. Wie Lotmar, nennt auch Wölbling[1]) die Akkordvorschüsse „Abschlagszahlungen", spricht aber später (S. 180) von „Vorschüssen", die „an Stelle der Abschlagszahlungen" vorbehaltlich der Abrechnung oft auch gegeben werden, „sei es auf eine bestimmte Akkordarbeit, sei es auf sämtliche gegenwärtigen oder künftigen Akkordarbeiten"; worin er den grundsätzlichen Unterschied zwischen jenen „Abschlagszahlungen" und diesen „Vorschüssen" erblickt, sagt er nicht. Ebenso erkennt Schalhorn[2]) die wöchentlichen Vorschüsse bei größeren Akkordarbeiten nicht als eigentliche Vorschußleistungen an, sondern bezeichnet sie als verhältnismäßige Abschlagszahlungen für den bereits hergestellten Teil der Arbeit.

Solche Leistungen vor Fälligkeit „Abschlagszahlungen" zu nennen, empfiehlt sich jedoch (auch abgesehen vom Ausdruck „Zahlung", der rein auf Geld hinweisen würde) deshalb nicht, weil die Bewirkung der Leistung vor Fälligkeit meist wohltätig und erst bei Vorliegen besonderer Normen notwendig ist, während die nach Fälligkeit bewirkte Leistung stets eine notwendige ist; der Zeitpunkt der Fälligkeit erscheint demnach wichtig genug, um hier die Begriffe abzuscheiden.

2. Das Darlehen wird obligandi animo gegeben, d. h. in der Absicht, den Empfänger zur Zurückerstattung des Empfangenen in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zu verpflichten: § 607 BGB. Der Vergütungsvorschuß (nur bei ihm kommt eine Verwandtschaft mit dem Darlehen in Betracht) hat zwar einen gewissen Kreditzweck in dem oben S. 2 gezeigten Sinne; entscheidend ist aber, daß der Vorschuß solvendi animo geleistet wird[3]), nämlich als Vorausleistung auf eine künftige oder künftig fällig werdende Schuld. Beim Darlehen ist also die Rückzahlungspflicht wesentlich, beim Vorschuß entsteht sie im allgemeinen[4]) erst bei anormaler Abwicklung des Verhältnisses.

---

[1]) A. a. O. S. 148 f. — Gegen beide vgl. in anderem Zusammenhang unten S. 28.

[2]) „Ist Lohnvorschuß als Darlehen aufzufassen?" in SozPr. 8 S. 797 f.

[3]) Dieser Gesichtspunkt muß auch dem RG. in dem bei Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 3 Nr. 339, berichteten Satze vorgeschwebt haben, wo es heißt: „Der zu verzinsende Vorschuß ist in Art. 290 (jetzt § 354) HGB. etwas anderes als Darlehen; solcher ist auch dann geleistet, wenn das Geld im voraus gegeben wird, damit es demnächst auf den Kaufpreis für von dem Empfänger zu verkaufende Waren abgerechnet werde." Nur ist gerade dann, wenn der Kaufvertrag noch nicht abgeschlossen ist, aus den oben S. 8 dargelegten Gründen die hingegebene Summe nicht als Vorschuß, sondern als Darlehen zu betrachten.

[4]) Vgl. unten S. 18 f. und 78.

Der vorschußweise gegebene Betrag soll angerechnet werden[1]) auf die Schuld des Vorschußgebers; bei Darlehen dagegen kann es sich, wo eine Gegenforderung des Darlehensempfängers besteht, nur um Aufrechnung handeln. Die Rückforderung des Darlehens erfolgt mit der Darlehensklage, die des Vorschusses, soweit sie in Betracht kommt, mit der Vertragsklage oder mit der Bereicherungsklage[2]).

Während beim Vorschuß, wie oben S. 10 bis 12 gezeigt ist, vertretbare wie auch nicht vertretbare Sachen in Betracht kommen, können nach der Vorschrift des § 607 BGB. Gegenstand des Darlehens nur vertretbare Sachen sein.

Ebenso steht es mit der Abgrenzung gegen das Depositum. Daß ein einfacher Verwahrungsvertrag nicht in Betracht kommt, geht aus dem Willen der Parteien hervor, daß der Vorschuß bei normalem Verlaufe des Verhältnisses nicht zurückerstattet werden soll. Gegen die Annahme eines depositum irregulare sprechen dieselben Gründe wie hinsichtlich des Darlehens selbst, da auf dieses Verhältnis die Darlehensregeln Anwendung finden.

Ob ein „Vorschuß" im einzelnen Falle nach der Parteiabsicht wirklich Vorschuß oder Darlehen sein soll, ist zunächst nach § 133, allenfalls § 157 BGB. und nach den Umständen zu entscheiden. Der Sprachgebrauch besagt nichts über die juristische Natur der Leistung. Wie Oertmann[3]) bemerkt, ist „Vorschuß" oft nur die diskrete Bezeichnung für ein Darlehen. Die „Vorschußvereine" geben Darlehen; die „Bauvorschüsse" genannten Baugelder[4]) sind Darlehen. Auch wo künftige oder künftig fällig werdende Forderungen des Empfängers in Betracht kommen, ist die Vorschußgewährung häufig ein Darlehen unter gleichzeitiger bedingter Aufrechnung der Darlehensforderung mit jenen Forderungen[5]). Der „Vorschuß" kann auch Vorauszahlung auf ein in Aussicht genommenes oder durch obligatorischen Darlehensvorvertrag festgesetztes Darlehen sein; daß er im ersten Falle Darlehen ist, ist klar; im zweiten Falle ist er zwar Vorausleistung auf eine Schuld, aber zugleich Teil- oder Ganzleistung der Darlehenssumme, also wiederum Darlehen, um so mehr als er zweifellos credendi causa gegeben ist.

Bei den in den §§ 397, 410, 440 HGB. genannten Vorschüssen des Kommissionärs, Spediteurs und Frachtführers zeigt sich der Unter-

---

[1]) Vgl. unten S. 65 f.

[2]) Vgl. unten S. 88 ff.

[3]) Vorb. 7 zu Darlehen.

[4]) DJZ. 1905 S. 903.

[5]) RG. in JW. 1912 S. 684 f. Die Behandlung der Gehaltsvorschüsse als Darlehen wird unten S. 16 f. bekämpft.

schied von Vorschuß und Darlehen, d. h. daß hier wirkliche Vorschüsse gemeint sind, darin, daß die Vorschüsse nach ihrem Zwecke nicht vom Empfänger an den Leistenden zurückerstattet werden sollen, sondern daß sie Vorausleistungen für die Verbindlichkeiten eines Dritten sind, der dem Empfänger des Vorschusses schuldet oder schulden wird. Nur wenn die Auslagenerstattung des Dritten an den Vorschußleistenden nicht erfolgt, oder wenn die Schuld des Dritten hinter dem Betrage des Vorschusses zurückbleibt (z. B. wenn bei der Verkaufskommission der Kommissionär dem Kommittenten einen Vorschuß von 400 Mark gegeben und nur einen Verkaufspreis von 300 Mark erzielt hat), tritt der Anspruch gegen den Empfänger wieder hervor[1]). Lotmar hat also nicht recht, wenn er[2]) diese Fälle als Beispiele dafür anführt, daß Vorschüsse auch Darlehen oder Quasidarlehen sein können.

Nach heutiger Anschauung liegt auch kein Darlehen vor in dem von Ihering[3]) und Huschke[4]) herangezogenen Falle l 15 § 6 D loc 19, 2, wo der Schiffsgast dem Schiffer das Fahrgeld vorgeschossen hatte und dann zurückforderte, weil der Schiffer wegen Verlusts seines Schiffs nicht gefahren war: vecturam, quam pro mutua (promutuam?) acceperat ..... non immerito repetere. Ihering nennt das ein bei Gelegenheit des Hauptgeschäfts vorgenommenes akzessorisches Darlehen, das nach Beendigung der Fahrt zur Entrichtung des Fahrgelds diene, indem der Empfänger es in seiner Eigenschaft als Schiffer zurückzahle. Huschke erkennt zwar an, das Darlehen sei „gleichsam nur das antizipierte Fahrgeld", das nach Fälligkeit der Schuld „auf diese abgerechnet und so durch Kompensation zurückerstattet werden soll", aber es sei wirkliches Darlehen, und die Klage sei die aus dem mutuum, nicht bloß eine utilis actio. Für das moderne Recht liegt hier ein gewöhnlicher Vorschuß vor, der bei zufälliger Vereitelung der Vertragserfüllung nach § 323 Abs. 3 oder nach den §§ 812 ff. BGB.[5]) zurückzufordern ist.

Das Kreditgeben des Verkäufers an den Käufer dagegen, das Ihering a. a. O. in gleicher Weise als akzessorisches Darlehen neben dem Kaufgeschäft betrachtet, ist weder Darlehen[6]) noch Vorschuß, sondern einfache Vorleistung mit Stundung der Gegenleistung. Andererseits liegt in dem „Warenkreditieren" des § 115 Abs. 2 GewO. ein richtiger Vor-

---

[1]) Düringer-Hachenburg, Anm. 10 zu § 354.

[2]) Band I S. 393.

[3]) Der Zweck im Recht, Bd. I S. 163.

[4]) Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen usw. S. 14 f.

[5]) Siehe unten S. 88 ff.

[6]) Eine Darlehensschuld würde erst durch Umwandlung gemäß § 607 Abs. 2 BGB. geschaffen werden.

schuß: es bezweckt nicht wie ein Darlehen Erstattung von Sachen der gleichen Art, Güte und Menge, aber auch nicht[1]) die Begründung einer Geldforderung für den Arbeitgeber, sondern Vorauszahlung in Gegenständen zur Anrechnung bei der Lohnzahlung.

Bei der Lohn- und Gehaltszahlung wird der Darlehenscharakter der Vorschüsse am öftesten in Einzelfällen behauptet. Lotmar setzt a. a. O. den Lohnvorschuß zwar zunächst in Gegensatz zum Darlehen, führt aber dann ohne nähere Begründung als Darlehensfall an: „Wo durch den Vorschuß nicht soweit möglich der ganze verdiente Lohn, sondern nur ein Teil oder sukzessive Teile desselben beglichen werden sollen, ist Darlehen anzunehmen." Aber diese teilweise Lohnzahlung wird nicht minder solvendi animo gemacht wie die ganze und ist deshalb Vorschuß. Ebenso ist es nicht richtig, wenn gesagt wird[2]), die Zahlung sei als Darlehen gewollt, wenn nicht ein Vorschuß auf bestimmte Dienstleistungen und Auslagen (z. B. Vorschuß an einen Rechtsanwalt), sondern ein auf besondere Bitte gewährter Vorschuß auf eine noch nicht fällige Gehaltsrate in Frage stehe. Die oben für den Vorschuß gefundenen Merkmale treffen für diese Zahlung ebenso zu wie für den Vorschuß für bestimmte Dienstleistungen. Wäre solcher Lohnvorschuß Darlehen, so wäre das Abverdienenlassen mit Anrechnung auf den Lohn durch das Aufrechnungsverbot des § 394 BGB. ausgeschlossen[3]); da aber der Lohnvorschuß eine Vorausleistung des Lohns (in Abweichung von § 614 BGB.) in der Erwartung der versprochenen Dienstleistung ist[4]), so handelt es sich gar nicht um „Aufrechnung" oder „Abzug", vielmehr um Berücksichtigung der Tatsache, daß die Lohnforderung wegen Voraustilgung entsprechend gemindert ist[5]).

Zwei weitere Gründe für den Vorschußcharakter zählt Lotmar mit Recht auf. Wäre die Vorschußzahlung Darlehen, so könnte sie einem Minderjährigen nicht ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters geleistet werden, weil das Darlehen nicht zu den Geschäften des § 113 BGB. gehört[6]). Ferner greift auch § 196 Ziff. 8, 9, 16 BGB.

[1]) Dies gegen Lotmar Band I S. 415; daß der Wortlaut des § 118 GewO. („für", nicht „von" Waren) kein triftiger Grund dafür ist, siehe unten S. 74.

[2]) Kuhlenbeck in Rechtsprechung des RG. Band II S. 278 und in JW. 1904 S. 402.

[3]) Über den Unterschied der Anrechnung von der Aufrechnung siehe unten S. 65 f., 67.

[4]) Schalhorn in SozPr. 8 S. 797 f.; Oertmann, Vorb. 7 zu Darlehen; Neumann, JDR. 2, 1 S. 311; Landmann, Anm. 2 i zu § 115.

[5]) Vgl. unten S. 65.

[6]) Vgl. unten S. 38. Das Verkehrsinteresse an der Anwendung des § 113 ist aber (was Lotmar stillschweigend vorauszusetzen scheint) so groß — da ja (vgl. unten S. 17.) nur kleine Beträge für Vorschuß in Betracht kommen —, daß die Anwendbarkeit zugrunde zu legen ist.

ein: der Rückerstattungsanspruch des Arbeitgebers (im umfassenden Sinne Lotmars) verjährt ebenso in zwei Jahren wie der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers; dies erklärt sich daraus, daß der Arbeitgeber seine Leistung aus dem Arbeitsvertrag, nicht aus einem Darlehensverhältnis zurückfordert.

Der entscheidende Gesichtspunkt für die Beurteilung der Vorauszahlung auf Lohnansprüche muß vielmehr der sein, ob die Zahlung im Hinblick auf ein schon und noch bestehendes Rechtsverhältnis gegeben wird: sie ist Vorschuß, wenn das Dienstverhältnis schon besteht und soweit die Zahlung für den Zeitraum des rechtlich gesicherten Bestands des Verhältnisses bestimmt ist[1]); im übrigen ist sie Darlehen, und zwar mit Aufrechnungsvertrag, soweit dieser zulässig ist.

Die Höhe der gewährten Leistung im Verhältnis zu der Höhe der Endleistung und zu der für die Anrechnung durch „Abzüge" erforderlichen Zeit kann bei Vorausleistung auf die Vergütung einen Hinweis dafür abgeben, ob Vorschuß oder Darlehen vorliegt. So werden nach Blendermann in Soz. Prax. 6 S. 278 von der Bremer Lagerhausgesellschaft „in Notfällen unverzinsliche Darlehen unter Umständen bis zu 500 M. gewährt, die dann allmählich durch Lohnabzüge zurückbezahlt werden". Auch abgesehen davon, daß bei Zahlungen von mehreren 100 M. die Parteien in Übereinstimmung mit ihrem Ausdrucke wohl überwiegend tatsächlich Darlehen im Auge haben, liegt es im Gedanken des Vorschusses, daß seine Verrechnung sich in nicht zu langer Zeit vollziehen soll und nicht etwa z. B. bei einem Tagesverdienst von 6 M. der tägliche Abzug eines Sechstels wegen eines „Vorschusses" von 500 M. sich auf 500 Arbeitstage erstreckt; eine bestimmte Grenze kann bei der Mannigfaltigkeit der Verhältnisse nicht gezogen werden. Die „Abzüge" sind bei Darlehen rechtlich einwandfrei allerdings nur in der Weise möglich, daß der Arbeiter am Lohntage eben nicht den ganzen Lohn einfordert, denn eine Aufrechnungsabrede wäre als Verfügung über die Vergütung „durch ein anderes Rechtsgeschäft" im Sinne des § 2 Abs. 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes ohne rechtliche Wirkung, denn der Aufrechnungsvertrag ist ein gegenseitiger Erlaßvertrag[2]). Bei kleineren Beträgen aber, deren Verrechnung nicht mehr als ein paar Wochen in Anspruch nimmt, ist nach den obigen Ausführungen am Vorschußcharakter festzuhalten.

Umwandlung in eine Darlehensforderung nach § 607 Abs. 2 BGB. ist möglich. Beim Verkäufer beispielsweise, der auf die zu liefernden

[1]) Die Gründe hierfür waren schon oben S. 8 bei Feststellung des Begriffs darzulegen; vgl. auch unten S. 18.

[2]) Vgl. hierüber und über die Unzulässigkeit Sinzheimer S. 18 f. mit Literatur.

Waren einen Vorschuß erhalten hat, liegt dies auf der Hand, ebenso ganz allgemein bezüglich des Anspruchs auf Rückerstattung des Vorschusses. Doch auch beim Lohnvorschuß, wo der Arbeiter nicht „Geld oder andere vertretbare Sachen", sondern Arbeitsleistung schuldet, ist in analoger Weise anzunehmen, daß die Parteien das Vorschußverhältnis zu einem Darlehensverhältnis umwandeln können. Indes darf man nicht ohne weiteres die Novation als stillschweigend vorgenommen ansehen, wenn der Vorschuß am Lohntage nicht auf den Arbeitsverdienst angerechnet, sondern auf Bitten des Arbeiters fernerhin gestundet wird[1]) oder wenn der Arbeitgeber den Arbeitsverdienst ohne Widerspruch des Dienstverpflichteten im vollen Betrage auszahlt[2]). Wie das Gewerbegericht Hamburg für den ersten Fall ausführt, will nämlich die vorläufige Unterlassung der Anrechnung infolge besonderer Bitte nach Treu und Glauben nichts weiter bewilligen als eben diese vorläufige Unterlassung, und dies trifft ebenso für den zweiten Fall zu: der Arbeitgeber will sich nicht den Anspruch nehmen lassen, daß der Arbeiter den Betrag abarbeite; eine solche Änderung des Rechtsverhältnisses in ungünstigem Sinne kann nicht einfach vermutet werden, vielmehr bildet ja das Festhalten der guten Arbeitskraft vielfach für den Arbeitgeber den Anlaß, einen Vorschuß zu bewilligen, während eine Darlehensgewährung ihm zu gewagt erschiene.

Eine Summe kann auch *zum Teil als Vorschuß, zum Teil als Darlehen* (mit Aufrechnungsvertrag, wenn dieser zulässig ist) gegeben sein. Soweit nämlich der Betrag nicht im Hinblick auf ein bestehendes Rechtsverhältnis gewährt wird, sondern erst in einer Zeit (vollends) abverdient werden soll, wo der Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gesichert ist, ist das Geld nach den oben S. 8 angestellten Erwägungen als Darlehen zu betrachten. Nur soweit keine Kündigung möglich ist, liegt ein Vorschuß vor. Soll daher der *ganze* Betrag als Vorschuß angesehen werden, so muß das beabsichtigte Festhalten der Arbeitskraft rechtlichen Ausdruck gefunden haben: die Vorschußhingabe muß sich durch Ausschluß der Kündigung ergänzt haben.

Der normalen Abwicklung des Vorschußverhältnisses entspricht zwar im allgemeinen Rückforderung und Rückzahlung des Vorschusses nicht, aber das RG.[3]) ist mit dem OLG. Stuttgart (als Vorinstanz) darüber einig, dem Charakter des Vorschusses widerspreche eine Partei-

[1]) Gegen die andere Ansicht des Gewerbegerichts Berlin in einem Urteil vom 14. 3. 1900 wendet sich in obigem Sinne das Gewerbegericht Hamburg in GewKfmG. 9 S. 120.

[2]) Neumann, JDR. 2, 1 S. 311, nimmt mit Unrecht Umwandlung an.

[3]) JW. 1912 S. 684 f.

vereinbarung nicht, wonach nicht bloß dann, wenn die Vertragserfüllung unterbleibt, sondern auch schon vor Fälligkeit der Gegenleistung bei Eintritt besonderer Verhältnisse und Bedingungen die Rückforderung oder Rückzahlung freistehen solle. Dabei hat das RG. sicher nicht im Auge, daß die Nichterfüllung des Vertrags vorauszusehen ist, sondern auch solche Fälle, wo mit der Erfüllung durchaus gerechnet wird. Daraus geht hervor, daß noch kein sicherer Schluß auf das Vorliegen eines Darlehens zu ziehen ist, wenn von vornherein Rückforderung und Rückerstattung auch bei programmmäßiger Entwicklung des Verhältnisses offen gelassen werden. Dieser Rückgabefall betrifft besonders auch den Auslagenvorschuß[1]). Das OLG. Stuttgart führt für den Entgeltvorschuß die Möglichkeit eines vor Fälligkeit des Kaufpreises eintretenden Bedarfs des vorschußgebenden Käufers oder Geldüberflusses des Vorschußempfängers an. Doch muß man diese Rückforderungs- und Rückzahlungsmöglichkeit von ausdrücklicher Vereinbarung abhängig machen, um nicht mit der Lehre vom Irrtum im Motiv in Konflikt zu kommen. Praktisch mag überhaupt nur der Fall der Rückforderung werden; denn bei „Geldüberfluß" wird der Vorschußempfänger für den Betrag sonstige Verwendung wissen, wenn er nicht einen besonders hohen Zins[2]) für den Vorschuß zahlen muß.

Der Vorschuß, der in den Fällen der §§ 107, 198, 204 KO. zur Deckung der in § 58 Ziff. 1 u. 2 bezeichneten Massekosten bestimmt ist, wird von Kurlbaum[3]) als ein dem Gemeinschuldner gegebenes Darlehen angesehen. Jaeger[4]) dagegen bezeichnet ihn als ein durch Vorauszahlung zu verwirklichendes Einstehen für fremde Verbindlichkeiten, nämlich für die durch den Vorschuß zu deckenden Massekosten. Indes würde die Erörterung dieses Vorschußfalls wie die des bei der Nachlaßverwaltung (KO. § 107 Abs. 1 Satz 2 ist bei § 1892 BGB. entsprechend anzuwenden) und bei der Zwangsverwaltung (Zwangsversteigerungsgesetz § 161) und Zwangsversteigerung möglichen Vorschusses[5]) aus dem Rahmen dieser bürgerlichrechtlichen Ausführungen hinausfallen. Zwar handelt es sich in den angeführten Fällen wohl um Vorschüsse, die den im Gerichtskostengesetz (§ 81 ff.) vorgeschriebenen Kostenvorschüssen verwandt sind; aber wie diese sind es keine Vorschüsse im Sinne des bürgerlichen Rechts. Übrigens stehen sie dem Auslagenvorschuß näher als dem Vergütungsvorschuß, denn sie

---

[1]) Vgl. in beiderlei Hinsicht unten S. 78.
[2]) Vgl. unten S. 68 f.
[3]) DJZ. 1904 S. 1081.
[4]) Anm. 4 zu § 107. Vgl. auch unten S. 33.
[5]) Vgl. u. S. 33.

dienen zur Bestreitung der Verfahrenskosten, nicht zur Vergütung für die Durchführung des Verfahrens.

3. „Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen" des § 354 Abs. 2 HGB.:

Die Darlehen und Vorschüsse können von dem Kaufmann dem „anderen" (Kaufmann oder Nichtkaufmann) gewährt sein ohne Beteiligung eines Dritten, so z. B. vom Prinzipal dem Angestellten, vom Getreidehändler dem Gutsbesitzer usw.

Sie können ferner von dem das Geld Hingebenden auf Rechnung des „anderen" einem Dritten gewährt sein, sind dann „Auslagen" (oder „Verwendungen", was dasselbe ist) für den anderen und belasten diesen mit einer Zinsschuld. Dem Dritten gegenüber sind solche Vorschüsse Vergütungs- oder Auslagenvorschüsse — je nach ihrem Zwecke. Wenn z. B. bei der Einkaufskommission der Kommissionär für den Kommittenten dem Dritten einen Vorschuß zur Anrechnung auf den Kaufpreis zugesteht, so ist ein solcher Vorschuß dem Verkäufer gegenüber Vergütungsvorschuß auf Rechnung des Kommittenten[1]), während er diesem gegenüber eine Auslage (aber nicht ein Auslagenvorschuß, weil in dieser Richtung überhaupt kein Vorschuß) ist.

Die Darlehen und Vorschüsse können aber auch für den Dritten dem „anderen" gegeben sein (z. B. vom Verkaufskommissionär für den Käufer dem Kommittenten (und sind dann diesem anderen gegenüber keine „Auslagen und andere Verwendungen", sondern erzeugen rein als Darlehen oder Vorschüsse die Zinspflicht des Empfängers. Ob sie für den Geber, also z. B. für den Verkaufskommissionär, dem Dritten (Käufer) gegenüber als Auslagen zu gelten haben, hängt davon ab, ob der Käufer dem Kommissionär schon das dafür nötige Geld gegeben hat oder nicht.

4. Die Draufgabe hat den Zweck, den Abschluß eines Vertrags zu besiegeln und klar zu bezeichnen. Sie bezieht sich auf den Vertragsabschluß, im Vordergrunde steht ihre Beweisbedeutung[2]). Der Vorschuß dagegen hat vornehmlich ökonomische Zwecke; er gehört zur Erfüllung des Grundverhältnisses. Als Teilzahlung ist sein Betrag häufig in ein festes Verhältnis zur Hauptleistung gesetzt, während bei der Draufgabe dies selten der Fall ist: die Draufgabe besteht im „Mietstaler", in einem Schoppen Wein u. dgl. Die Draufgabe wird erst durch Anrechnung nach § 337 BGB. zur Vertragsleistung; diese Anrechnung ist aber nicht durchaus üblich (Gesetzesbeispiel für regelmäßige Nichtanrechnung: württ. Gesindeordnung Art. 3).

[1]) Vgl. unten S. 30 f.

[2]) Oertmann, Anm. 1 zu § 336.

Die Draufgabe ist, soweit sie überhaupt angerechnet wird, höchstens Teilzahlung; der Vorschuß kann den ganzen Betrag der Schuld erreichen oder gar übersteigen[1]), nicht nur bei Auslagenersatz, sondern auch bei Vorschuß auf eine Vergütung, besonders bei allmählicher Zahlung mehrerer Vorschüsse oder bei Verringerung der Forderung des Vorschußempfängers. Wenn somit Vorschuß und Draufgabe zwei grundsätzlich verschiedene Leistungen darstellen, so ist damit die Bemerkung Lotmars[2]) widerlegt, Draufgabe sei „Vorschuß- und Abschlagszahlung“[3]).

5. Der Vorschuß ist zwar häufig berufen, dem Empfänger für seine Ansprüche eine gewisse Sicherung zu verschaffen; seiner rechtlichen Natur nach ist er aber in erster Linie Vorauszahlung zur Befriedigung des Gläubigers. Die Barkaution dagegen dient zunächst bloß zur Sicherung des Gläubigers; sie ist nicht Erfüllung des ihr zugrunde liegenden Verhältnisses, vielmehr steht die Befriedigung aus der Kaution neben diesem: die Entstehung des Befriedigungsrechts steht geradezu im Widerspruch mit dem Vertragsinhalt[4]), während die Befriedigung durch Vorschußempfang im Rahmen der normalen Abwicklung des Verhältnisses liegt. Der Vorschuß geht ohne Belastung in das Eigentum des Empfängers über[5]); die Kaution ist nach h. M.[6]) pignus irregulare, ein Vertragspfand mit der Abrede, daß der Pfandgläubiger die Pfandsachen verbrauchen und Sachen gleicher Art dafür erstatten dürfe.

6. Die Beiträge und Einlagen bei den verschiedenartigen Personal- und Kapitalgesellschaften sind keine Vorschüsse. Es handelt sich hier nicht um Vorauszahlung auf Leistungsvergütung oder Aufwendungsersatz, sondern um Beiträge zu einem gemeinsamen Gesellschaftsvermögen. Es liegt auch keine Vorausleistung vor Fälligkeit vor, da die Beitragsschuld fällig ist; Vorschußleistung auf einen Beitrag für eine noch nicht gegründete Gesellschaft ist natürlich möglich, hat aber keine Besonderheit gegenüber sonstigen Vorschüssen.

7. Die Gehaltszahlung an einen Angestellten während seiner Urlaubszeit ist nicht eine Vergütung für zukünftige Leistungen, sondern (abgesehen vom beabsichtigten Ansporn für die Zukunft) im wesentlichen eine Belohnung für bereits geleistete zufriedenstellende

---

[1]) Vgl. oben S. 9 f.
[2]) Band I S. 389 Anm. 4.
[3]) Gegen Lotmar auch Hartenstein in GewKfmG. 6 S. 73.
[4]) Breit a. a. O. S. 456.
[5]) Vgl. oben S. 9.
[6]) Crome, a. a. O. S. 884; Breit hält sie für ein Gebilde selbständiger Art.

Dienste. Sie ist also nicht Gehaltsvorschuß, sondern eine Gratifikation[1]). Daß sie von den Parteien behufs Rückforderung im Falle vorzeitigen Austritts des Angestellten als Vorschuß angesehen werden kann, geht aus der Vertragsfreiheit hervor. Auf die Frage, ob die Abrede rechtswirksam ist, daß das bezahlte Urlaubsgehalt bei vorzeitigem Austritt von dem in diesem Zeitpunkt fälligen Gehalt wieder abgezogen werden solle, ist später einzugehen[2]).

8. Es kommt vor, daß die als „Vorschuß" bezeichnete Zahlung nur ein angeblicher Vorschuß, tatsächlich aber eine bereits fällige Entgeltzahlung ist. So wird beim Mäklervertrag, besonders beim Ehemäklergeschäft, häufig vereinbart, der Mäkler solle für den Nachweis oder die Vermittlung als Provision x v. H. der Vertragssumme (Mitgift, Gebäudekaufpreis) oder einen festen Mäklerlohn, außerdem aber sofort als „Spesenvorschuß" (Auslagenvorschuß) y Mark mit der Maßgabe erhalten, daß später diese Zahlung nicht verrechnet wird, sondern dem Mäkler auch dann verbleibt, wenn der erstrebte Vertrag nicht zustande kommt. Ist aber dem Mäkler von vornherein ein solcher fester Betrag verwilligt, „so ist zu vermuten, daß es bei diesem Betrage bewenden soll — mag der wirkliche Aufwand des Mäklers nun größer oder kleiner sein"[3]). Ein solcher „Vorschuß" ist nun in Wahrheit kein Vorschuß, sondern in Verbindung mit einem Ersatz für die voraussichtlichen Auslagen eine verkappte, je nach der Größe der tatsächlich erforderlichen Aufwendungen größere oder kleinere Vergütung für die aufzuwendende Mühe, und zwar ist der Betrag, da er zu sofortiger Bezahlung verlangt, also fällig ist, auch kein Vergütungsvorschuß, sondern Endleistung. Das führt übrigens zu einer Verpflichtung des Mäklers zur Tätigkeit und macht den mit ihm abgeschlossenen Vertrag zu einer Mischung von Mäklervertrag und Werkvertrag[4]) mit Geschäftsbesorgung.

9. Nur scheinbare Vorschüsse sind ferner die „Vorschüsse" der Mitreeder für den seinen Einschuß nicht leistenden Mitreeder: § 500 HGB. Die Feststellung ihrer tatsächlichen Natur gliedert sich indessen besser bei der Erörterung der Parteien ein[5]).

10. Die „Vorschußberechnung" des § 106 Abs. 1 des Genossenschaftsgesetzes im Konkurs einer eingetragenen Genossenschaft, wobei rechnerisch dargelegt werden soll, wieviel die einzelnen Genossen zur

---

[1]) Kaufmannsgericht München in GewKfmG. 16 S. 271.
[2]) Siehe unten S. 72.
[3]) Reichel a. a. O. S. 271.
[4]) Vgl. hierzu Riezler a. a. O. S. 91 f.
[5]) Siehe daher unten S. 32 f.

Deckung des in der Bilanz bezeichneten Fehlbetrags beizutragen haben[1]), hat mit dem Charakter des hier behandelten Vorschusses gleichfalls nichts zu tun. Der Name bezeichnet nur den Gegensatz zur Zusatz- und Nachschußberechnung. Die durch die „Vorschußberechnung" veranlaßte Zahlung ist Zahlung einer fälligen Schuld.

III. Besondere Fälle.

Die vorstehenden Untersuchungen haben genügend Anhaltspunkte ergeben, um bei einigen Fällen den ihnen eigenen, wenn auch nicht von vornherein in die Augen springenden Vorschußcharakter festzustellen.

1. Das Giroverhältnis[2]) verpflichtet die Bank im wesentlichen, für den Girokunden Einzahlungen entgegenzunehmen und Auszahlungen zu bewirken. Als dritte Verpflichtung wird (teils als selbständige[3]), teils als unselbständige[4]) Pflicht) noch die Verwahrung des Inhalts der Girokasse angegeben; da diese Kasse aber nur eine fingierte ist und das empfangene Geld tatsächlich in die allgemeine Kasse fließt, also in das Eigentum[5]) der Bank übergeht, sind die Erörterungen über diese angebliche Pflicht hinfällig. Das Giroguthaben ist also keine Depositenforderung, wie das RG. meint. Das Verhältnis ist auch kein Kontokurrentverhältnis, weil bei ihm nicht die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in regelmäßigen Zeitabschnitten zwischen den Parteien verrechnet werden. Ebensowenig ist es ein Darlehensverhältnis, denn das Geld wird der Bank nicht dazu übergeben, daß sie es für ihre Zwecke verwende und später in gleicher Höhe wieder zurückerstatte. Vielmehr ist das Verhältnis mit Mez als Geschäftsbesorgungsdienstvertrag zu betrachten, und zwar wegen der dauernden entgeltlichen Arbeitsleistung der Bank für den Kunden, dessen Rechtsgeschäfte dabei besorgt werden[6]). Da aber hierauf nach § 675 BGB. doch die Grundsätze des Auftrags Anwendung finden, so kann man das Verhältnis für die hier vorliegende Frage auch lediglich unter dem Gesichtspunkt des Mandats mit den beiden eingangs erwähnten Hauptpflichten betrachten. Für die Auszahlungen kann die Bank Vorschuß verlangen. Dieser Vorschuß ist das Giroguthaben des Kunden: er geht ein teils durch Einzahlungen des Kunden, teils durch Empfang seitens Dritter auf Grund Inkassomandats[7]).

[1]) RG. 69 S. 366.

[2]) Vgl. Mez a. a. O. S. 96 ff.

[3]) RG. 12 S. 85.

[4]) Mez a. a. O.

[5]) Siehe unten S. 24, 70.

[6]) Riezler S. 76.

[7]) Vgl. unten S. 30 ff., bes. S. 32 über diesen und andere Fälle des Eintretens dritter Personen.

Infolge der Überweisung auf Girokonto tritt an Stelle des alten Schuldners die Bank dem Girokunden gegenüber und hat nun auch bezüglich des neu überwiesenen Betrags die beschriebenen Pflichten[1]). Das dem Giroguthaben zufließende Geld wird als Vorschuß Eigentum der Bank; doch abgesehen davon, daß dies aus dem Wesen des Vorschusses folgt[2]), entspricht dies auch durchaus dem zu vermutenden Parteiwillen, da die „Girokasse" ja mit Einverständnis des Bankkunden die allgemeine Kasse der Bank ist. An der Stelle der sonach abzulehnenden Verwahrungspflicht steht die Verpflichtung, wenn auch nicht dieselben Münzen und Papiere, so doch wenigstens so viele Barmittel bereit zu halten, als für die angeordneten Auszahlungen und für die gewünschten Abhebungen[3]) notwendig sind.

Der Auffassung des Giroguthabens als eines Vorschusses für die von der Bank zu bewirkenden Auszahlungen neigt sich Cosack zu, wenn er bemerkt[4]), das Giroguthaben sei weder ein Darlehen noch ein depositum irregulare, sondern eine Geldzahlung eigener Art, „Zahlung auf Girokonto", am nächsten verwandt den Vorschüssen des Mandanten. Dem RG.[5]) ist entgegenzuhalten, daß der wesentliche Zweck des Giroguthabens, der (wie es selbst sagt) in der Verfügung des Kunden darüber durch Anweisungen[6]) oder durch Zu- und Abschreiben besteht, eine positive Tätigkeit der Bank notwendig macht. Diese ist der Kernpunkt des Rechtsverhältnisses und erzeugt nicht bloß nebenher Mandatsverhältnisse in Gestalt von Zahlungs- und Einkassierungsaufträgen. Das Recht, das Giroguthaben jederzeit ganz abzuheben oder aufzubrauchen, das vom RG. als hier zutreffendes Merkmal des Verwahrungsvertrags betont wird, erklärt sich hier daraus, daß der Auftraggeber den geleisteten, nicht verbrauchten und in absehbarer Zeit nicht zum Verbrauch kommenden Vorschuß jederzeit zurückfordern[7]) und überhaupt das Auftragsverhältnis jederzeit lösen kann. Während jedoch die Rückforderung des überflüssigen Vorschusses beim Auftrage und den verwandten Rechtsverhältnissen regelmäßig nicht die Auflösung des Verhältnisses herbei-

---

[1]) Daß eine schuldtilgende Wirkung für den alten Schuldner durch diese Vorgänge nur mit der (im Verkehr allgemein üblichen) Zustimmung des Gläubigers eintritt, betont das RG. in JW. 1892 S. 483 mit Recht.

[2]) Vgl. oben S. 9.

[3]) Vgl. unten S. 24, 49, 67.

[4]) A. a. O. § 62, S. 289.

[5]) RG. 12 S. 85.

[6]) Vgl. unten S. 49.

[7]) Vgl. unten S. 85 f.

führt[1]), wird durch Aufbrauchung oder Rückforderung des Giroguthabens regelmäßig die Beendigung des Giroverhältnisses veranlaßt, da die Bank im allgemeinen das Bestehen des Giroguthabens zur Bedingung des Giroverkehrs macht und selten das Verhältnis auf Kredit fortsetzen wird. Obwohl also der Kunde einen stets fälligen Anspruch gegen die Bank auf fristlose Auszahlung des Giroguthabens hat, ist diese Geldforderung doch tatsächlich unkündbar, solange der Kunde das Verhältnis fortsetzen will[2]). Mit der Auflösung des Verhältnisses aber erwächst der Bank das Recht, ihre Gegenforderungen durch Aufrechnung[3]) und Zurückbehaltung geltend zu machen. Dabei zeigt sich dann, daß die dem Girokonto zugeflossenen Beträge in diesem Augenblick die neue Aufgabe bekommen, bei Rechnungsabschluß als Faktoren in Verrechnung zu kommen.

2. Beim Börsentermingeschäft veranlaßt der Teil, der das Geschäft durchführen soll, wegen seiner etwaigen späteren Forderung aus dem Saldo den anderen meist entweder zur Bestellung einer Sicherheit gemäß § 54 des Börsengesetzes durch Hinterlegung oder durch Hingabe einer Barkaution[4]) oder zur Leistung eines Einschusses. Die bloße Sicherheitsbestellung nach §§ 232 ff. BGB. läßt sich an der Hinterlegung leicht erkennen. Wenn aber das Geld dem Bankier ausgehändigt wird, so kann sehr gut zweifelhaft sein, ob die Parteien mit dem Ausdrucke „Einschuß" eine Kaution oder Vorauszahlung des Spekulierenden auf ein etwaiges späteres Debetsaldo, also einen Vorschuß, im Auge hatten.

Breit[5]) hebt zwar als Unterschied des Einschusses vom „Vorschuß im strengen Sinn" hervor, daß der Einschuß noch vor der Entstehung des Debetsaldos, also vor Entstehung der Schuld, gezahlt werde; aber wie oben S. 6 f. gezeigt ist und wie Breit selbst zugibt, kann eine Schuld nicht nur vor Fälligkeit (BGB. § 272), sondern auch vor ihrer Entstehung getilgt werden und ist dann bedingte Vorauszahlung; also ist dies auch in der Form des Vorschusses möglich. Da nun die Annahme des einfacheren Rechtsverhältnisses im allgemeinen der des verwickelteren pignus irregulare vorzuziehen ist, stellt sich der Einschuß nach den festgestellten Merkmalen im Zweifel als ein Vorschuß auf die Begleichung des etwaigen Debetsaldos dar: er

---

[1]) Vgl. unten S. 86.

[2]) Cosack a. a. O.

[3]) Ob auch wegen der nicht aus dem Giroverhältnis selbst hervorgegangenen Forderungen, ist mit Rücksicht auf den Parteiwillen bestritten.

[4]) Vgl. oben S. 21.

[5]) A. a. O. S. 457.

bildet eine Befriedigung des Empfängers in Höhe der Vorauszahlung; allenfalls begründet er eine Rückerstattungspflicht. Dieselbe Wirkung hat er im Falle gewöhnlicher Nichtigkeit des Vertrags: auch hier ist die Vorschußzahlung rückforderbar. Anders ist es bei Unverbindlichkeit des Vertrags unter Ausschluß der Rückforderung der Leistung (Spielvertrag, Differenzgeschäft, Termingeschäft usw.). Hier[1]) geht der Einschuß dem Leistenden verloren, wenn man ihn als Vorschuß betrachtet. Die Folge wäre eine Förderung solcher Geschäfte durch Zulassung nicht rückforderbarer Vorauszahlungen auf ein späteres Debetsaldo und die Umgehung der Gesetzesvorschrift über die qualifizierte Deckung (§ 54 BörsG.) durch eine Erklärung des Bankiers in den Zahlungsbedingungen, alle Zahlungen der Kunden seien Vorschüsse auf ein späteres Debetsaldo. Deshalb sind wenigstens bei solchen Geschäften alle Zahlungen vor Entstehung des Debetsaldos im Zweifel als bloße Sicherheitsbestellung zu beurteilen, wenn sie in den Formen des § 54 BörsG. geleistet sind.

3. Im *Kontokurrentverhältnis* begründet ein barer *Einschuß* nach dem RG.[2]) nur einen Aktivposten für die künftige Saldoziehung; sie gelte nicht als Zahlung zur Tilgung eines bestimmten Debetpostens. Tatsächlich kommt es aber doch darauf hinaus, daß die Bareinzahlung die Ausgleichung eines etwaigen Debetsaldos bezweckt, denn nur dies ist das Ziel der Begründung von Aktivposten, nicht die Anlegung von Vermögenswerten. Dabei ist es durchaus nicht notwendig, daß der Einschuß im Hinblick auf einen *bestimmten* Debetposten geschieht, vielmehr hat man es auch hier wieder mit der bedingten Vorauszahlung einer noch nicht entstandenen Schuld, m. a. W. mit einem *Vorschuß auf eine bei der Saldoziehung etwa entstehende Schuld* zu tun.

Wird ein *Kreditsaldo* nicht abgehoben, sondern auf neue Rechnung vorgetragen, so bedeutet dies, daß dieser Saldobetrag vermöge stillschweigender Übereinkunft der Parteien als Einschuß auf die neue Rechnungsperiode gelten soll[3]).

4. Den oben S. 1 ff. dargelegten beiderseitigen Zwecken der Vorschußzahlung dienen besonders die *periodischen Vorschußleistungen*, die in *Arbeitsverhältnissen* längerer Dauer, insbesondere beim Akkordvertrag, häufig vorkommen. Diese Art der Lohnzahlung ist die der sogenannten Teilungssysteme[4]). Dabei erhält der

[1]) Dies in Übereinstimmung mit Breit.

[2]) Urteil vom 23. 1. 1904 in SeuffA. 59 Nr. 187, dort auch frühere Entscheidungen.

[3]) Vgl. für Lohnvorschuß unten S. 27.

[4]) Vgl. Elster, Artikel „Prämiensysteme".

Akkordarbeiter, um seinen Lebensunterhalt bestreiten zu können, in regelmäßigen Zahlungsperioden — meist wöchentlich — nach Maßgabe des Werts seiner Teilleistung oder häufiger nach Maßgabe der Arbeitsstunden oder -tage einen fingierten Taglohn als Vorschuß. Erst nach Fertigstellung der ganzen Akkordarbeit wird die Lohnforderung fällig, und zwar in der Höhe, die sich aus der Prüfung der Tauglichkeit der Ware ergibt. Die Differenz dieses „Akkordpreises" und der geleisteten Vorschüsse ergibt dann den „Akkordüberschuß" oder „Akkordrest" (der tatsächlich gleich Null sein oder gar ein Minus ergeben kann).

Diese Lohnmethode bietet für den Arbeitgeber übrigens den Vorteil, daß sie ihm die wegen § 117 GewO. und § 2 LohnBG. mit Unrecht[1]) bestrittene[2]) und bei Zeitlohn wirklich zweifelhafte Möglichkeit gibt, bei Mangelhaftigkeit der gelieferten Waren den Lohn entsprechend zu mindern. Dabei verschafft sie dem Arbeiter zugleich mit der Aussicht der Steigerung des Akkordlohns durch gute Arbeitsleistung die dem Zeitlohn eigene Sicherheit regelmäßigen Unterhalts. Verlängerung oder Verkürzung der Arbeitszeit bewirkt nicht eine Vergrößerung oder Verkleinerung der im Akkord festgesetzten Entgeltleistung; doch kommt, wie Lotmar[3]) berichtet, freiwillige Leistung einer Zubuße vor. Der Arbeitgeber wird bei Berechnung der Vorschüsse vorsichtig sein, denn wenn der Wert der Arbeit die Höhe der Vorschüsse unerwarteterweise nicht erreicht, so hat die Rückforderung kaum praktischen Wert, und die Anrechnung als Vorschuß für die nächste Arbeitsperiode[4]) wird der Arbeiter, der ja wieder Geld für seinen und seiner Familie Unterhalt braucht, durch Aufsuchen einer neuen Arbeitsstätte zu verhindern suchen. Die bedeutende Entwicklung des Tarifvertragswesens, das seine eigenen großen Vorzüge hat, schränkt überhaupt in vielen Gewerben, wie z. B. in der Buchdruckerei, der Vorkämpferin des Tarifvertrags, die Anwendung der hier behandelten Lohnmethode erheblich ein.

Diese periodischen Lohnzahlungen während der Arbeit sind in § 119a Abs. 2 Ziff. 1 GewO. vorgesehen, dort aber „Lohn- und Abschlagszahlungen" genannt. In Wahrheit sind sie — soweit sie vor der Berechnung des Akkordpreises, also während der Lohnperiode erfolgen —

---

[1]) Siehe unten S. 28, 75 Anm. 2.

[2]) So z. B. von Bittner a. a. O. und Sigel in GewKfmG. 7 S. 195 im Gegensatz zu Landmann Anm. 5c zu § 117, der mit Recht betont, daß die Lohnforderung nur in der nach der Verabredung sich richtenden Beschränkung existent wird.

[3]) Band II S. 554.

[4]) Lotmar ebenda. Vgl. für Kontokurrenteinschüsse oben S. 26.

Vorschüsse, nicht bloß verhältnismäßige Abschlagszahlungen für den bereits hergestellten Teil der Arbeit, wie Schalhorn[1]) meint und wie auch Wölbling[2]) sie nennt, ohne genau erkennen zu lassen, worin der grundsätzliche Unterschied von den Vorschüssen beruhen soll, die nach seinen Worten „vorbehaltlich der Abrechnung" geleistet werden, „sei es auf sämtliche gegenwärtigen oder künftigen Akkordarbeiten". Denn sie geschehen vor Fälligkeit der Lohnforderung[3]).

Die Vereinbarung solcher Lohnmethode ist durchaus zulässig. Denn es handelt sich[4]) nicht um eine Verabredung „über die Verwendung des Verdienstes" im Sinne des § 117 GewO., auch nicht um eine Verfügung im Sinne des § 2 Abs. 2 LohnBG., sondern um eine Vereinbarung über die Berechnung der erst nach Prüfung der gelieferten Ware festzusetzenden und dann erst existent werdenden Lohnforderung, die sofort befriedigt wird, soweit sie nicht schon durch die Vorschüsse im voraus getilgt ist.

Ihre rechtliche Grundlage findet die in Rede stehende Lohnmethode wie sonstiger Vorschuß sowohl in Einzelvereinbarung oder Tarifvertrag wie in Arbeitsordnung oder kommunaler Satzung. Sobald sie einmal festgesetzt ist, ist der Vorschuß „schuldiger Lohn". Dem Arbeitgeber ist dabei die Pflicht auferlegt, von der noch nicht fälligen Vergütung einen Teil zu zahlen. Verweigert er dies, so treten die an anderem Orte[5]) zu erörternden Folgen ein. Die in § 641 Abs. 2 BGB. vorgeschriebene Verzinsung findet hier — selbst wenn man mit G. Rümelin den Akkordvertrag nicht als Dienstvertrag[6]) oder besondere Vertragsart[7]), sondern als Werkvertrag[8]) auffaßt — nicht statt (dagegen Verzugszinsenpflicht), da keine „Abnahme des Werks" erfolgt und die Vergütung noch gar nicht fällig ist.

5. Bei der Besprechung der in § 354 Abs. 2 HGB. erwähnten „Vorschüsse" wendet sich Düringer-Hachenburg[9]) gegen

[1]) In SozPr. 8 S. 797 f.

[2]) A. a. O. S. 179 f.

[3]) Vgl. Lotmar Band I S. 387 ff., der diese Zahlung aber ebenfalls als „eine Abschlagszahlung als Teilzahlung und zugleich eine Vorschußzahlung" bezeichnet. — Über die Abschlagszahlung vgl. oben S. 13 gegen Lotmar und Wölbling.

[4]) Vgl. Bittner a. a. O.

[5]) Siehe unten S. 55 ff.

[6]) So die Praxis meistens.

[7]) So Wölbling a. a. O. S. 86 ff., immerhin mehr dem Dienstvertrag zuneigend.

[8]) G. Rümelin a. a. O. S. 113 ff., hauptsächlich wegen der Nichtkontrolle, der Einkommenssteigerung und der Feststellung der anforderungsgemäßen Arbeitsleistung, ohne daß er der Gefahraufbürdung eine wesentliche Bedeutung beilegt.

[9]) Anm. 10 zu § 354.

Staub, der[1]) darunter „Vorschußleistungen auf zu erfüllende Verträge" versteht und hierher auch die Vorauszahlung des Gehalts vom Prinzipal an den Kommis und des Kaufpreises vom Besteller an den Lieferanten rechnet. Diese Auslegung sei nicht im Sinne des Gesetzes. Einmal spreche dagegen die Verbindung mit Darlehen auf der einen, mit Auslagen und Verwendungen auf der anderen Seite, ferner aber auch das praktische Ergebnis, denn kein Prinzipal belaste seinem Gehilfen für die Vorausbezahlung des Gehalts Zinsen. Der Begriff sei vielmehr enger zu fassen. Dem ist jedoch zweierlei entgegenzuhalten. Die Stellung neben Darlehen, Auslagen und anderen Verwendungen sagt gar nichts gegen Staubs Ansicht; wollte man mit Düringer-Hachenburg die „Vorschüsse" lediglich[2]) als Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten, der dem Empfänger schuldet oder schulden wird, ansehen, eben dann wären die Vorschüsse Auslagen für den dritten Schuldner und damit doppelt erwähnt. Ferner widerlegt auch die Möglichkeit, Zinsen zu verlangen, die Staubsche Auslegung nicht. Betrachtet man nämlich die Vorauszahlung auf den Gehalt nicht als Vorschuß, so muß man sie als Darlehen anerkennen — ein Drittes gibt es nicht; dann aber unterliegt die Zahlung ebenso der Zinspflicht. Der Zinsanspruch[3]), so wenig er üblicherweise geltend gemacht werden mag, entspricht lediglich dem Zinsverlust, den der Vorschußgeber durch die vorzeitige Leistung erleidet.

Dasselbe gilt in gleicher Weise z. B. für den Vorschuß auf das Überfahrtsgeld, für den dem Handlungsreisenden gewährten Kassenvorschuß, für den Vorschuß auf den Kaufpreis der zu liefernden Ware usw. Wenn Düringer-Hachenburg[4]) als Grundgedanken des § 354 Abs. 2 bezeichnet, daß für jeden in Ausübung des Handelsgewerbes durch fungible Leistungen an einen anderen entstandenen Anspruch auf Zurückvergütung mit dem Augenblicke der Leistung eine Zinspflicht entstehe, so ist dies in dem hier vertretenen Sinne dahin zu ergänzen, daß diese Zinspflicht nicht nur bei wirklicher Zurückvergütung des Vorschusses, sondern auch bei seinem normalen Schicksal eintritt, nämlich bei Verrechnung des Vorschusses auf die fällige Leistung. In dieser Hinsicht berichtet Volze[5]) schon für das ADHGB. Art. 290 (HGB. § 354), daß der zu verzinsende Vorschuß etwas anderes sei als Darlehen; um einen solchen Vorschuß handle es sich auch dann, wenn das

---

[1]) Ebenfalls Anm. 10 zu § 354.

[2]) Einige Fälle solcher Beurteilung s. unten S. 30 f.

[3]) Im Gegensatz zu BGB. § 272.

[4]) Anm. 2 zu § 354.

[5]) Vgl. oben S. 13, Anm. 3.

Geld im voraus gegeben werde, damit es demnächst auf den Kaufpreis für von dem Empfänger zu verkaufende Waren abgerechnet werde.

Es mag noch erwähnt werden, daß die Zinspflicht des § 354 Abs. 2 im Gegensatz zu Abs. 1 nicht voraussetzt, daß der Vorschußleistende auch Dienste geleistet hat, mit denen der Vorschuß etwa in Zusammenhang stände[1]).

Auf den Auslagenvorschuß kann dagegen die Zinsvorschrift des § 354 keine Anwendung finden: ihr steht der Zweck des Auslagenvorschusses entgegen, dem im Interesse des Gebers tätig werdenden Empfänger jegliche Aufwendung eigener Mittel zu ersparen. Hier kommt nur die Verzinsung nicht verbrauchter Vorschußgelder, die der Empfänger nicht wieder abliefert, in Betracht (vgl. z. B. BGB. § 668, HGB. § 111)[2]).

C. Parteien.

I. Die beim Vorschußverhältnis — und zwar hinsichtlich des Vorschußanspruchs wie des Rückerstattungsanspruchs — beteiligten Parteien sind im allgemeinen die des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses. Vorschußgeber und Vorschußempfänger sind demnach zum Beispiel der Schuldner und der Gläubiger im Falle des § 369 BGB., der neue und der bisherige Gläubiger bei § 403, der Auftraggeber und der Beauftragte bei § 669 und in verwandten Fällen, der Inhaber einer beschädigten Schuldverschreibung auf den Inhaber bzw. der eine neue Schuldverschreibung Verlangende und der Aussteller einer solchen bei den §§ 798, 800, ferner der die Vorlegung einer Sache Verlangende und ihr Besitzer bei § 811, der Nießbraucher und der Eigentümer (oder umgekehrt) bei § 1037, weiterhin der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer, der Käufer und der Lieferant, der Spekulierende und der Bankier, der Stellensuchende und der Vermittler u. a. m.

II. Möglich ist aber (beim Vorschuß- wie beim Rückerstattungsanspruch) auch das Hinzutreten dritter Personen. Die Vorschußzahlung geschieht nämlich unter Umständen durch Einstehen für eine fremde Verbindlichkeit.

1. Die Vorschüsse des Kommissionärs, Spediteurs und Frachtführers (§§ 397, 410, 440 HGB.) werden veranlaßt durch die Verbindlichkeit eines Dritten, der dem Vorschußempfänger (Kommittent bzw. Gegenkontrahent, Versender, Absender) schuldet oder schulden wird. Hier begegnen also Fälle, wie sie Düringer-Hachenburg

[1]) Bolze ebenda.

[2]) Vgl. unten S. 82 f.

für § 354 im Auge hat[1]), und tatsächlich sind die Vorschüsse des § 354 Abs. 2 auch als Vorschüsse eines Dritten in dem hier maßgebenden Sinne denkbar.

Wenn bei der Einkaufskommission der Kommissionär dem Gegenkontrahenten einen Vorschuß als Vorauszahlung auf den Kaufpreis leistet, so ist hier der Vorschußleistende eine andere Person als der Schuldner der Leistung, mit dem er sich (unter Beachtung des § 393 HGB., aber immerhin nötigenfalls unter Geltendmachung seines Pfandrechts nach § 397 oder des Zurückbehaltungsrechts nach § 369) selbst auseinandersetzen mag. Erst wenn der Leistende von dem Schuldner der Leistung, dem Kommittenten in dem obigen Beispiel, keine Erstattung zu erlangen vermag, tritt sein Anspruch gegen den Vorschußempfänger hervor[2]). Eine Modifikation stellt der Vorschuß in dem von Ritter[3]) erörterten Falle dar, wo bei Durchkonnossement der Verfrachter in Bremen dem Ablader die Ozeanfracht von Texas bis Bremen bezahlt hat und dann vom Empfänger in Reval Ersatz dieser Auslage verlangt (HGB. § 614). Diese Zahlung in Bremen ist eine den obigen Fällen entsprechende Leistung für den dritten Schuldner, den Empfänger des Guts, und zwar in dieser Hinsicht eine Vorausleistung, da für den Empfänger des Guts erst mit ihrer Annahme die Pflicht erwächst, Fracht und Auslagen zu zahlen. Ein Unterschied von den oben besprochenen Vorschüssen liegt aber in folgendem. Der Einkaufskommissionär wendet sich wegen der Erstattung des dem Verkäufer gegebenen Vorschusses an den Kommittenten und hält sich inzwischen mittels seines Pfandrechts an das Kommissionsgut, das er bis zur Befriedigung eben nicht aus seinem Besitze gibt. Der Verfrachter dagegen in dem hier vorliegenden Falle hat vor Annahme des Guts durch den Empfänger keinen Ersatzanspruch gegen diesen und kann sich bis dahin nur aus dem Gute befriedigen; da aber dieses nach Reval weiterschwimmt, so trägt der Verfrachter insoweit das Seerisiko.

Im Eisenbahnfrachtverkehr können gemäß § 72 der Eisenbahnverkehrsordnung und Art. 13 des Berner Frachtübereinkommens dem Absender, der ein zu beförderndes Gut mit einer Wertnachnahme belastet, Barvorschüsse auf den nachzunehmenden Betrag gewährt werden, wenn sie nach dem Ermessen der Versandstation durch den Wert des Guts sicher gedeckt sind. Dies ist gleichfalls eine Vorauszahlung auf die Schuld eines Dritten, des Empfängers des Guts, durch die Eisenbahn; sie kommt indes nicht sehr häufig vor.

---

[1]) Vgl. oben S. 29.

[2]) Düringer-Hachenburg, Anm. 10 zu § 354.

[3]) A. a. O. S. 107.

2. Bei der Anweisung (§ 783 BGB.) kann die Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger den Charakter eines Vorschusses des Angewiesenen für eine noch nicht fällige oder erst künftige Schuld des Anweisenden gegenüber dem Anweisungsempfänger haben, und zwar ist dies ebenso bei der Anweisung auf Kredit wie bei der Anweisung auf Schuld möglich, denn nicht das Verhältnis zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen, sondern nur das zwischen jenem und dem Anweisungsempfänger als Vorschußempfänger hat in diesem Zusammenhange Bedeutung. Einem solchen Vorschuß könnte z. B. bei der Einkaufskommission die Anweisung des Kommittenten an den Kommissionär, dem Verkäufer den Kaufpreis ganz oder teilweise vorauszubezahlen, zugrunde liegen.

Würde eine solche Weisung nicht dem Verkäufer ausgehändigt werden, sondern dem Kommissionär unmittelbar zugehen, so hätte sie die Form des Zahlungsauftrags, der ebenfalls eine solche Vorschußleistung zum Ziele hätte.

3. Ein weiteres, schon oben S. 23 ff. besprochenes Beispiel ergibt sich aus dem Giroverkehr. Der im Giroguthaben bestehende Vorschuß des Bankkunden wird nicht nur durch seine Einzahlungen, sondern auch von Dritten durch die Gelder entrichtet, die die Bank auf Grund Inkassomandats empfängt.

4. Es kann vorkommen, daß der Mitreeder für einen oder mehrere seiner Mitreeder, der Korrespondentreeder für einzelne oder alle Mitreeder, der Schiffer für den Reeder aus eigenen Mitteln auf Grund eines Auftrags oder in Geschäftsführung ohne Auftrag auf künftige oder künftig fällig werdende Verpflichtungen des Betreffenden „Vorschüsse" leistet, um Verzögerungen zu vermeiden oder aus anderen Gründen. Soweit die Genannten Kaufleute sind (HGB. § 1 Abs. 2 Ziff. 5), steht ihnen nach § 354 Abs. 2 ein Anspruch auf Zinsen zu. Solche Leistungen des Mitreeders, des Korrespondentreeders und des Schiffers sind wirkliche Vorschüsse, soweit sie nicht auf eine fällige Schuld gegeben werden[1]). Andernfalls sind sie wie die „Vorschüsse" des Mitreeders auf die nicht beigebrachten Einschüsse anderer Mitreeder (vgl. § 500 HGB.) zu beurteilen. Wenn nämlich der Einschuß eines Mitreeders aus irgendwelchen Gründen nicht zur Stelle ist, sobald er gebraucht wird — mag Verzug erst bevorstehen oder schon eingetreten sein — so kann jeder Mitreeder die Summe für ihn „vorschießen" und hat dann aus

[1]) Beruht die Vorschußleistung des Schiffers nicht auf besonderem Auftrage, so stehen ihm gegen den Reeder wegen des Ersatzes keine größeren Rechte als einem Dritten zu: § 532 HGB.

dieser Verauslagung eine Reihe von Rechten, bei Verzug des im Rückstand befindlichen Mitreeders insbesondere den Zinsanspruch des § 500 Abs. 2 auch ohne Kaufmann zu sein[1]). Diese Aufwendung ist aber kein Vorschuß, da sie nicht vor Fälligkeit der Einschußpflicht gemacht worden ist; vielmehr ist sie die Leistung eines Dritten gemäß § 267 BGB., auf Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag oder einem sonstigen Rechtsverhältnis beruhend.

5. Auf der Grenze des bürgerlichen Rechts liegen die Vorschüsse, die nach KO. §§ 107, 198 und 204 nach freiem Belieben gegeben werden, um die Durchführung des Konkursverfahrens zu veranlassen. Auch hier ist das Vorschießen nach Jaeger[2]) ein durch Vorauszahlung zu verwirklichendes Einstehen für fremde Verbindlichkeiten, nämlich für die durch den Vorschuß zu deckenden Massekosten. Vorschußgeber ist nach Jaeger irgendeiner der Interessenten, also ein Gläubiger oder der Gemeinschuldner, während es nur einer der Gläubiger sein könnte, wenn man mit Kurlbaum[3]) solchen Vorschuß als ein dem Gemeinschuldner zur Realisation der Masse gegebenes Darlehen betrachten wollte oder wenn man allein darauf abstellen wollte[4]), daß nach den Motiven die Vorschrift über die Nichtabweisung des Eröffnungsantrags im Interesse der Gläubiger geschaffen ist.

Ebenso liegt es bei der Nachlaßverwaltung im Falle des § 1982 BGB.[5]), auf den § 107 Abs. 1 Satz 2 KO. entsprechend anzuwenden ist und wobei der Vorschuß vom Antragsteller erlegt wird[6]), ferner bei der Zwangsverwaltung (Zwangsversteigerungsgesetz § 161), wobei der Gläubiger als Vorschußgeber genannt ist, und endlich bei der Zwangsversteigerung, wo ein solcher Vorschuß nach Lüttich[7]) gleichfalls möglich ist.

Ob die in § 61 Ziff. 2 KO. vorgesehene und auch für die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in Betracht kommende Entrichtung einer Abgabe durch den Steuererheber für den Schuldner sich nur als eine in Geschäftsführung ohne Auftrag vorgenommene Leistung durch einen Dritten nach § 267 BGB. oder als ein wirklicher Vorschuß charakterisiert, hängt davon ab, ob die Abgabe zur Zahlungszeit fällig war oder nicht[8]).

[1]) Vgl. Schaps zu § 500.
[2]) Anm. 4 zu § 107. Vgl. auch oben S. 19.
[3]) In DJZ. 1904 S. 1081.
[4]) So Gottschalk in DJZ. 1904 S. 939.
[5]) Vgl. Jaeger, Anm. 6 zu § 107.
[6]) Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 1982.
[7]) A. a. O. S. 323 f.
[8]) Siehe auch unten S. 82.

6. Die Pflicht zur Leistung eines Prozeßkostenvorschusses kann eine bürgerlichrechtliche Grundlage haben. Der Vorschuß selbst liegt außerhalb der vorliegenden Untersuchung. Als Beispiele mögen nur erwähnt sein die umstrittene Vorschußpflicht des Ehemanns seiner Frau oder Dritten (dem Rechtsanwalt) gegenüber im Prozeß der Frau (§ 1387 BGB.)[1]) und die des Vaters im Armenrechtsprozeß der Kinder gegen ihn, selbst bei Fehlen nutzbaren Vermögens[2]).

7. Vorschüsse von dritter Seite kommen auch in den Versicherungsgesetzen vor. So sind in § 119 Ziff. 1 der Reichsversicherungsordnung und in § 93 des Angestelltenversicherungsgesetzes Vorschüsse erwähnt, die der Berechtigte vom Arbeitgeber u. a. in privater Weise auf die Versicherungsleistungen erhalten hat.

III. Die Parteien können auch je aus einer Personenmehrzahl bestehen. Bei der Vorschußzahlung können mehrere Vorschußberechtigte wie auch mehrere Vorschußverpflichtete beteiligt sein und in gleicher Weise bei der Rückerstattung — wo sie eintritt — mehrere Vorschußempfänger und Vorschußgeber (die nun zu Leistenden und Leistungsempfängern werden).

1. Bei der Vorschußzahlung kann es sich

a) um mehrere Vorschußforderer handeln.

α) Nach § 420 BGB. sind sie im Zweifel nicht als Gesamtgläubiger (§ 428), sondern zu gleichen Anteilen berechtigt.

β) Mehrere gemeinschaftlich (nicht bloß gleichzeitig) für ein Geschäft gewonnene Beauftragte oder Geschäftsbesorger[3]), ebenso mehrere Verkäufer und Werklieferer, die zusammen eine große Lieferung übernommen haben, schließen (unter Umständen stillschweigend) einen Gesellschaftsvertrag (der Beitrag — §§ 705, 706 Abs. 3 BGB. — besteht bei jenen in Arbeitsleistung, bei den Letztgenannten in einer Sachleistung). So ist es z. B. beim Kolonnenakkordvertrag[4]). Dann haben die Beteiligten nach § 718 BGB. gemeinschaftliches Forderungsrecht und gemeinsame Klage[5]). Dasselbe gilt, wenn mehrere Vorschußberechtigte zu einem nichtrechtsfähigen Verein zusammengeschlossen sind (§ 54 BGB).

[1]) Siehe die eingehende Erörterung Steins in Vorb. VI vor § 606.

[2]) OLG. Hamburg in SeuffA. 68 S. 29, a. A. z. B. das Kammergericht in DJZ. 1906 S. 881.

[3]) Und zwar bei Dienstvertrag wie bei Werkvertrag, außer bei Zeitlohnvertrag, wo das Entgelt zu der von jedem einzelnen Gruppenmitglied aufgewandten Zeit nicht zum Ergebnis der gelieferten Arbeit in Beziehung gesetzt ist und daher von einer Assoziierung der Arbeiter nicht die Rede sein kann, vgl. Lotmar, Band I S. 341.

[4]) Vgl. Wölbling S. 193.

[5]) Wölbling S. 206; Schalhorn in SozPr. 14 S. 1065 ff.

γ) In einer selbständigeren Rechtsstellung befinden sich die Personenvereinigungen, die als solche ihre Ansprüche verfolgen können, mögen sie nun, ohne juristische Personen zu sein, wie die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft, wenigstens unter ihrer Firma Rechte erwerben und einklagen können oder als juristische Personen, wie der rechtsfähige Verein, die Aktien- und Aktienkommanditgesellschaft, die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Kolonialgesellschaft u. a. selbständig ihre Rechte haben und vor Gericht als Kläger auftreten können.

δ) Wo die mehreren Vorschußgläubiger in gar keinem inneren Verhältnis zueinander stehen, da sind auch die Vorschußansprüche ganz getrennt: hier handelt es sich weder um proratarische Berechtigung noch um eine gemeinschaftliche oder eine Gesamtforderung. Diese Selbständigkeit der einzelnen Vorschußansprüche besteht bei dem Vorschuß, der etwa Arbeitern, Lieferanten, Vermietern durch völlig unzusammenhängende, voneinander unabhängige Verträge versprochen ist.

b) Ebenso können auch auf der Seite der Vorschußpflicht mehrere Personen stehen:

α) Entsprechend dem Vorschußanspruch erwächst auch die Vorschußverpflichtung „im Zweifel" zu gleichen Kopfteilen: § 420 BGB. Gesetzlich bestimmt ist diese anteilgleiche Haftung für den Prozeß in § 91 des Gerichtskostengesetzes; dieser Paragraph gilt für die Vorschußpflicht ebenso wie für die sonstigen Gerichtskosten[1]) und ist auch anzuwenden auf mehrere Gläubiger, von denen jeder kraft einer anderen Konkursforderung die Eröffnung des Konkurses beantragt[2]).

β) Aus dem Ausdruck „im Zweifel" des § 420 BGB. ist dagegen zu entnehmen, daß eine Gesamtschuld besteht, wo die proratarische Haftung dem Parteiwillen zuwiderlaufen würde, oder wenn sie nach der Rechtslage sachwidrig wäre[3]). Ferner wird eine Gesamtschuld durch gemeinschaftliche vertragliche Verpflichtung begründet: § 427 BGB. Dies trifft zum Beispiel zu, wenn sich mehrere Käufer oder Mieter zusammen dem Verkäufer, Vermieter gegenüber zur Zahlung eines Vorschusses verpflichtet haben, ebenso für mehrere Auftraggeber oder Geschäftsherren bei § 675 BGB.

γ) Da § 91 GKG. herangezogen ist, so muß auch folgendes erwähnt werden: obwohl diese Vorschrift im allgemeinen proratarische Haftung für die Kosten vorschreibt, hat doch, wenn eine Partei aus mehreren

[1]) Rittmann, Anm. 1 zu § 91.

[2]) Jäger, Anm. 1 zu § 103 in Übereinstimmung mit Rittmann a. a. O.

[3]) Dernburg, Band II, 1. Abt. § 160 VI.

Personen besteht[1]), jeder der Berufungskläger einen Gebührenvorschuß in Höhe des ganzen Streitwerts zu leisten, damit die Staatskasse gegenüber den Anträgen eines jeden der Beteiligten gedeckt ist[2]).

δ) Das Vermögen der Gesellschaft des BGB. (§ 718) hat die Aufgabe, die aus dem Gesellschaftsverhältnis entsprungenen gemeinsamen Verpflichtungen der Gesellschafter zu erfüllen. Die Vorschußansprüche, die sich gegen die „Gesellschaft" richten, werden also während des Bestehens der Gesellschaft zwar in erster Linie aus diesem Vermögen befriedigt, aber Schuldner sind die Gesellschafter, und die Klage muß gegen alle einzelnen Gesellschafter erhoben werden, da die Gesellschaft nicht als solche parteifähig ist[3]). Die Klage des einen oder der mehreren geschäftsführenden Gesellschafter auf Vorschuß (§§ 713, 669)[4]) geht gegen alle übrigen Gesellschafter. Nach Auflösung der Gesellschaft tritt die persönliche Haftung der Gesellschafter ein: § 735[5]).

ε) Bei solchen Personengesamtheiten dagegen, die (aktive oder nur wenigstens passive) Parteifähigkeit besitzen, wie die oben a γ bezeichneten Gesamtheiten und der nicht rechtsfähige Verein, richtet sich der Vorschußanspruch und demnach die Klage gegen diese Gesamtheit unter ihrem besonderen Namen.

2. Der Anspruch auf Rückerstattung des Vorschusses[6]) kann sich

a) gegen mehrere Empfänger richten.

α) Wenn jeder von diesen bei proratarischer Berechtigung (1. a γ) oder bei Fehlen eines Verhältnisses unter ihnen (1. a δ) seinen Teil empfangen hat, so liegt jedem einzelnen eine ganz selbständige Rückerstattungspflicht ob.

β) Sind die Vorschußempfänger zu einer Gesellschaft vereinigt, so ist während ihres Bestehens der Anspruch aus dem Gesellschaftsvermögen zu berichtigen (§§ 718, 707), wenn auch die Klage wegen der mangelnden Parteifähigkeit der Gesellschaft sich gegen die einzelnen Gesellschafter richtet. Nach Auflösung der Gesellschaft haftet gleichfalls zunächst das Gesellschaftsvermögen (§ 733), in zweiter Linie das Vermögen der einzelnen Mitglieder (§ 735).

---

[1]) Nicht bloß bei wechselseitig eingelegten Rechtsmitteln, wie Rittmann, Anm. 4 zu § 81 meint.

[2]) OLG. Darmstadt in DJZ. 1902 S. 488.

[3]) Über den sonst unter Gesellschaftsgrundsätzen stehenden, nicht rechtsfähigen Verein dagegen siehe unten bei ε.

[4]) Vgl. weiter unten.

[5]) Planck, Anm. 2 zu § 713.

[6]) Der Zusammenhang empfiehlt, die folgenden Bemerkungen an dieser Stelle einzugliedern; vgl. unten S. 84.

γ) Bei Vereinen, Gesellschaften des Handelsrechts und allgemein bei juristischen Personen ist die Gesamtheit als solche für den Anspruch passiv legitimiert.

b) Unter mehreren Vorschußgebern ist für den Rückerstattungsanspruch

α) zunächst „im Zweifel" jeder zu gleichem Anteile berechtigt (§ 420 BGB).

β) Unter Umständen aber besteht Gesamtgläubigerschaft nach der Vorschrift des § 428.

γ) Hat jeder von ihnen selbständig einen Vorschuß gegeben, der nunmehr zurückzufordern ist, so hat nun auch jeder selbständig den Anspruch auf Bezahlung dieses Betrags.

δ) Das Recht der Gesellschaft und des nicht rechtsfähigen Vereins gibt den Mitgliedern ein gemeinschaftliches Forderungsrecht zugunsten des Gesellschaftsvermögens; die Klage muß von allen Gesellschaftern erhoben werden.

ε) Personengesamtheiten mit aktiver Parteifähigkeit verfolgen ihren Rückerstattungsanspruch im Namen der Gesamtheit als solcher in einer dem Falle 1 a γ entsprechenden Weise.

IV. Die verschiedenen Rechtsgeschäfte, die durch das Vorschußverhältnis veranlaßt werden, machen eine kurze Übersicht darüber nötig, wie weit für die Erhebung des Vorschuß- und Rückerstattungsanspruchs sowie für die Übergabe die Parteien der Geschäftsfähigkeit bedürfen[1]).

1. Die Geltendmachung des Anspruchs auf Vorschuß und Rückerstattung:

a) Das Verlangen des Vorschusses ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung nach BGB. §§ 130 ff.[2]) Der Verlangende darf zwar nicht geschäftsunfähig (BGB. § 105) kann aber in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sein, weil er durch diese Willenserklärung zunächst lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt (§ 107). Da jedoch der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Beauftragten den Auftrag dann zum Erlöschen bringt, wenn die Ausführung des Auftrags dadurch subjektiv unmöglich gemacht wird und dies oft, wenn auch nicht immer der Fall ist[3]), so ist die Geschäftsfähigkeit doch von erheblicher Bedeutung.

Auf der passiven Seite dagegen beurteilt sich die Wirkung der Erklärung bei mangelnder Geschäftsfähigkeit nach § 131, und zwar auch bei einem beschränkt Geschäftsfähigen, da sie ihn rechtlich un-

[1]) Vgl. zum folgenden Enneccerus I, 2 § 283 I; Klein a. a. O. S. 324.
[2]) Oertmann, Anm. 1 zu § 669.
[3]) Oertmann, Anm. 4 zu § 673.

günstiger stellt. Zu beachten ist, daß der minderjährige Geschäftsinhaber unter Umständen im Rahmen des § 112 Geschäftsfähigkeit erlangt hat.

b) Bei der Erklärung des Anspruchs auf Rückerstattung des Vorschusses gelten diese Sätze für den Vorschußgeber und den Vorschußempfänger entsprechend. Hier ist außer § 112 auch § 113 heranzuziehen; denn die Rückgabepflicht erwächst zum Beispiel unmittelbar aus dem Dienstverhältnis, wenn der Arbeitgeber den Vorschuß gemäß §§ 323 ff. BGB. zurückfordert.

2. Die Hingabe und Rückgabe macht meistens einen Übereignungsvertrag zwischen Gläubiger und Schuldner erforderlich, wobei wenigstens der Übereignende der Geschäftsfähigkeit bedarf. Der Gläubiger ist allerdings nicht immer unmittelbar beteiligt [1]), so nicht, wenn der Vorschuß ohne seine Mitwirkung nach § 362 Abs. 2 BGB. entrichtet wird. In diesen Fällen, wo kein Übereignungsvertrag mit dem Vorschußgläubiger selbst zustande kommt, ist die Geschäftsfähigkeit des Gläubigers ohne Belang, also bei Zahlung des Vorschusses in die Hände eines Dritten: bei Zahlung an einen Gläubiger des Vermieters, bei Überweisung auf das Girokonto des Vorschußgläubigers usw.

Ist der Gläubiger selbst Empfänger der Leistung, so darf er der vollen Geschäftsfähigkeit oder der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters nicht ermangeln, da er durch die Annahme über seine Forderung verfügt (§§ 105, 107, 362). Dies tut er, indem er die Leistung gerade als zum Zwecke der Erfüllung geschehen annehmen will; der bloße Eigentumserwerb ohne Tilgung der Vorschußforderung würde nur beschränkte Geschäftsfähigkeit nötig machen, da die auf den Erwerb an sich hinzielende Willenserklärung dem Erwerber nur vorteilhaft ist [2]). Die Annahmemöglichkeit kann auf der Vorschrift der §§ 112, 113 beruhen; § 113 wäre indes nicht anwendbar, wenn man die Vorschußleistung an den Arbeitnehmer als Darlehen betrachten wollte, denn dieses gehört nicht zu den Geschäften des § 113 [3]). Bei beschränkter Geschäftsfähigkeit ist die Übergabe nach § 108 schwebend unwirksam.

Der Leistende muß bei der Übereignung wegen der notwendigen (ausdrücklichen oder schlüssigen) Erklärung der Schuldtilgungsabsicht ebenfalls geschäftsfähig sein; Beschränkung oder Fehlen der Geschäftsfähigkeit hat dieselbe Wirkung wie beim Empfänger; übrigens greift § 110 heilend ein.

---

[1]) Dernburg, II, 1 S. 281.

[2]) And. Anf. Oertmann, Anm. 4 b γ zu § 362, indem er die Erfüllungswirkung nicht auf ein Willenselement, sondern lediglich auf die reale Tatsache der Zweckerledigung durch den Leistungsakt zurückführt.

[3]) Vgl. oben S. 16.

2. Teil.

Entstehung und Wirkung des Vorschußverhältnisses.

A. Der Vorschußanspruch und seine Durchführung.

I. Freiwillige und notwendige Vorschußleistung.

Die Bewilligung eines Vorschusses beruht häufig auf freiwilligem Entschluß und erfolgt dann wohl meistens infolge einer Bitte um Vorschuß. In anderen Fällen ist die Gewährung nicht mehr freiwillig, sondern schon bei Begründung oder Ausführung des einzelnen zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses (Arbeitsvertrag, Miete, Lieferungsvertrag) oder allgemein durch Tarifvertrag oder Arbeitsordnung bestimmt; auch der Ortsgebrauch kann sie erheischen (siehe z. B. Seemannsordnung § 47, vgl. dazu SozPr. 5 S. 696). Ferner ist sie oft durch ein Statut begründet, das durch Gesetz vorgesehen ist (GewO. § 119a Ziff. 1) oder wird sie unmittelbar durch das Gesetz vorgeschrieben (BGB. §§ 369, 403, 669 u. a., SeemO. § 45 Abs. 2, RAO. § 38, RAGebO. § 84 usw.). Endlich kann eine Vorschußpflicht aus der Natur des Hauptverhältnisses hervorgehen und ist dann durch entsprechende Gesetzesanwendung festzustellen.

Wenn auch die Vergütungs- und Auslagenvorschüsse in der folgenden Untersuchung ungetrennt behandelt werden sollen, zeigt sich doch auch hier wieder der grundsätzliche Unterschied zwischen diesen beiden Gruppen. Vom Auslagenvorschuß ist nämlich von vornherein zu sagen: da der Aufwendungsersatz, zu dessen Vermeidung er bestimmt ist, meist einen Anspruch begründet, und der Vorschuß vorwiegend den Interessen des Gebers dient, gehört auch dieser Vorschuß regelmäßig zu den nichtfreiwilligen. Ob aber auf die Vergütung eine Vorauszahlung geleistet werden muß, beurteilt sich unabhängig von dem Anspruch auf die Vergütung selbst. Diese ist wie der Aufwendungsersatz ja in der Mehrzahl der Fälle unfreiwillig und verliert, wo sie sich seither einen freigebigen Charakter bewahrt hatte, diesen immer mehr (Trinkgelder, Weihnachtsgeschenke); die Vorschußpflicht dagegen beruht auf dem Zwecke, dem Vergütungsgläubiger schon vor

Fälligkeit seiner Forderung eine Beisteuer zu seinem Lebensunterhalt oder seinen Geschäftsunkosten zu gewähren, obwohl das an sich zunächst seine eigene Sorge wäre; ob nun sein Interesse an einer solchen Vorausleistung rechtlichen Ausdruck gefunden hat, muß in jedem einzelnen Falle unmittelbar oder wenigstens mittelbar aus der Rechtsordnung ergründet werden.

1. Die freiwillige Bewilligung eines Vorschusses mag durch rein wohltätige Gesichtspunkte oder mehr oder weniger durch eine Bewertung der damit verbundenen Vorteile[1]) veranlaßt sein — die Rechtslage wird durch diese verschiedenartigen Beweggründe nicht beeinflußt. Grundsätzlich ist von der Freiwilligkeit auszugehen, wo die Gewährung nicht durch irgendeine ausdrückliche Norm oder durch die Natur des Rechtsverhältnisses geboten wird. Angesichts der bestehenden Vertragsfreiheit, die auch unserem Gewerberecht — mit Einschränkung durch eine Anzahl von Normativbestimmungen — zugrunde liegt, können Vorschüsse nicht ohne eine solche rechtliche Voraussetzung gefordert werden[2]).

In den oben[3]) berührten Fällen des Konkurses (KO. §§ 107, 198, 204), der Nachlaßverwaltung (BGB. § 1982), der Zwangsverwaltung (ZVG. § 161) und der Zwangsversteigerung erwächst selbst aus dem Versprechen eines Interessenten, Vorschuß geben zu wollen, kein Vorschußanspruch gegen ihn: die öffentliche, beamtenähnliche Stellung des Verwalters und seine Pflicht, lediglich nach eigenem Ermessen zu handeln, verhindert das Entstehen eines privatrechtlichen, vertragsähnlichen Verhältnisses[4]).

2. Sobald aber die Leistung von Vorschüssen durch Einzel- oder Tarifvertrag oder durch eine Arbeitsordnung bestimmt ist oder wenn sie durch Ortsgebrauch geboten ist, gehören die Vorschüsse zu den ordentlichen Vertragsleistungen und teilen deren rechtliche Eigenschaften und Schicksale. So gelten beim Dienstvertrag die §§ 615, 616 auch für den Vorschuß[5]), so daß auch während der Nichtleistung der Dienste der auf Grund einer der genannten Normen etwa zu beanspruchende Vorschuß erhoben werden kann, wobei allerdings mit dem Aufhören der Auslagen der Auslagenvorschuß meist

---

[1]) Vgl. oben S. 4.

[2]) Vgl. ebenso für Österreich das Österr. Min. d. Inn. in SozPr. 10 S. 1310.

[3]) S. 19, 34.

[4]) Dies wird vom OLG. Marienwerder in OLG. 25 S. 266 für die Zwangsverwaltung ausgeführt, trifft aber wegen Gleichheit des Grundes auch für die anderen Fälle zu.

[5]) Lotmar, Band I S. 393 ff.

wegfallen wird, im Gegensatze zum Vergütungsvorschuß[1]), dessen Verringerung durch anderweitigen Erwerb bedingt ist, auf den aber ein geleisteter Auslagenvorschuß anzurechnen ist, soweit die Aufwendungen durch die Nichtleistung der Arbeit erspart wurden[2]).

Der Ortsgebrauch kann für die Gewährung an sich die Grundlage bilden oder auch (wie in § 612 Abs. 2 BGB.) lediglich ergänzend eingreifen, wenn z. B. Höhe oder Zeit der Vorschußleistung nicht festgesetzt ist.

3. Für statutarische Bestimmungen über Vorschußgewährung findet sich in der GewO. nur das Beispiel des § 119a Abs. 2 Ziff. 1, der nicht nur Abschlagszahlungen nach Fälligkeit, sondern Lohnentrichtung vor Fälligkeit betrifft[3]). Die Wirksamkeit solcher Bestimmungen beurteilt sich nach § 142 GewO.; in Württemberg ist für sie der Gemeinderat mit Zustimmung des Bürgerausschusses bzw. die Amtsversammlung zuständig; die Genehmigung obliegt der Kreisregierung, die Außerkraftsetzung dem Ministerium des Inneren[4]). Sind solche Bestimmungen erlassen, so sind sie für den Arbeitgeber unmittelbar bindend und durch die Strafvorschrift des § 148 Abs. 1 Ziff. 13 unterstützt.

4. Die Fälle, in denen das Gesetz unmittelbar oder mittelbar eine Vorschußleistung vorschreibt, sind zahlreich.

a) Nach ausdrücklicher Bestimmung des BGB. haben einen Vorschußanspruch: der Vorstand eines Vereins und einer Stiftung gegenüber dem Verein und der Stiftung (§§ 27 Abs. 3, 86), der Gläubiger gegenüber dem eine Quittung heischenden Schuldner (§ 369), der bisherige Gläubiger gegenüber dem eine Abtretungsurkunde verlangenden neuen Gläubiger (§ 403), der Beauftragte und der Geschäftsbesorger gegenüber dem Auftraggeber (§§ 669, 675), der geschäftsführende Gesellschafter gegenüber den übrigen Gesellschaftern (§ 713), der eine neue Schuldverschreibung auf den Inhaber erteilende Aussteller gegenüber dem sie Verlangenden (§§ 798, 800), der Besitzer einer Sache gegenüber dem ihre Vorweisung Fordernden (§ 811), der Nießbraucher gegenüber dem die Aufnahme oder Beglaubigung eines Verzeichnisses verlangenden Eigentümer und umgekehrt (§ 1035), der

[1]) Eine genauere Beurteilung der „Vergütungs"-Leistung des § 616 nicht als Gegenleistung oder Lohn, sondern als Ersatz des ausgefallenen Verdienstes in dessen Höhe wird von Lotmar, Band II S. 643 f., wohl mit Recht vertreten, ist dann aber auch auf § 615 auszudehnen.

[2]) Lotmar, Band II S. 207 Anm. 1.

[3]) Vgl. oben S. 27.

[4]) § 57 der Verfügung des Ministeriums des Inneren, betr. den Vollzug der GewO., vom 26. 3. 1892 (RegBl. S. 59 ff).

Vormund gegenüber dem Mündel (§ 1835), der Pfleger gegenüber der unter Pflegschaft stehenden Person oder Vermögensmasse (§ 1915).

Das HGB. und die sonstigen handelsrechtlichen Gesetze enthalten kein unmittelbares Gebot der Vorschußleistung.

Eine gesetzliche Pflicht der Weiterzahlung zugebilligten Vorschusses ergibt sich aus den §§ 615 und 616 [1]). Der Dienstverpflichtete soll in den hier geregelten Fällen keine Einbuße erleiden, diese würde ihn aber doch treffen, wenn zwar nicht in der Höhe, aber in der Art und Weise der Zahlung eine Änderung stattfinden würde. Deshalb sind die Vorschußzahlungen in gleicher Weise fortzusetzen; unter ihnen kommen vornehmlich die periodischen Vorschußzahlungen beim Akkordvertrag in Betracht.

Ein nach RAO. § 33 beigeordneter Rechtsanwalt kann nach § 38 die Übernahme der Vertretung davon abhängig machen, daß ihm ein nach den Vorschriften der Gebührenordnung zu bemessender Vorschuß gezahlt wird; § 84 RAGebO. gibt dem Rechtsanwalt nämlich das Recht, von seinem Auftraggeber einen „angemessenen Vorschuß" zu fordern. Dagegen hat der gemäß § 34 RAO. einer Partei beigeordnete Armenanwalt die erforderlichen Aufwendungen für den Vertretenen vorläufig aus seinem Vermögen zu machen, z. B. die notwendige Korrespondenz ohne Entgelt anzufertigen und zu frankieren [2]).

Die im Prozeß, in der Zwangsvollstreckung, im Konkurs und in anderen öffentlichrechtlichen Verhältnissen fällig werdenden Vorschüsse können hier nicht zur Aufzählung kommen. Wegen ihres öffentlichrechtlichen Charakters müssen daher auch z. B. die „Vorschüsse" unerörtert bleiben, die die Gemeindeverwaltung bei einem Straßenneubau von den Anliegern erhebt oder die die Militärverwaltung Offizieren beim Kaufe eines Pferdes gewährt u. a. m.; es fragt sich übrigens, ob nicht im ersten Falle ein Zwangsdarlehen und im zweiten Falle gleichfalls ein auf Grund öffentlichrechtlicher Vorschriften zu gewährendes Darlehen vorliegt.

Die gesetzliche Vorschußpflicht hat, wie Staudinger zu § 811 Abs. 2 Satz 1 mit Hinweis auf eine Entscheidung des OLG. Bamberg [3]) betont, zur Voraussetzung, daß voraussichtlich wirklich Kosten entstehen werden. In solchen Fällen, wo für die Bewirkung der verlangten Leistung Kosten unvermeidlich sind (z. B. für eine Übersendung durch die Post), da ist diese Voraussetzung ohnehin gegeben; da aber,

[1]) Vgl. hierzu oben S. 40 f.

[2]) Vgl. RG. in JW. 1889 S. 401 unter Hinweis auf eine Entscheidung des Ehrengerichtshofes vom 2. 5. 1884, und RG. in JW. 1904 S. 208.

[3]) OLG. 2 S. 134 f.

wo nicht notwendig Kosten mit der Handlung verbunden sind, kann die Voraussetzung von Bedeutung werden. Für die Bestimmung des § 811 Abs. 2 macht das OLG. Bamberg a. a. O. darauf aufmerksam, daß Satz 2 des zweiten Absatzes von der zweiten Kommission beigefügt sei mit Rücksicht auf die für ähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften in den §§ 258, 263, 403 usw., worin angenommen werde, daß durch die Handlungen Kosten erwachsen. Für die Verweigerung der Vorschußleistung kann § 226 BGB. in Betracht kommen, z. B. wenn der Beauftragte schikanös Fahrgeld zweiter Klasse verlangt, während er sonst Vierter fährt. Wo aber kein Schaden in Frage kommt, da kann § 242 als Ersatz der exceptio doli generalis den Vorschußpflichtigen gegen unbillige Forderungen schützen.

Von der Anwendung des § 669 bei den Geschäftsbesorgungsverträgen des § 675 werden zum Teil Ausnahmen gemacht, da die bei § 675 herangezogenen Paragraphen aus dem Auftragsrecht nur „entsprechende Anwendung" finden, also nur, wenn dieser die rechtliche Natur des Dienst- oder Werkvertrags nicht entgegenstehe[1]). Dem ist zuzustimmen. So seien — äußerte aber die zweite Kommission beispielshalber[2]) — die §§ 594, 595 (jetzt 669, 670) nur unter der Voraussetzung anwendbar, daß die vereinbarte Vergütung nach dem Vertrage nicht auch als Entgelt für die Aufwendungen angesehen werden solle. Die Anwendbarkeit des § 670 ist hier nicht zu untersuchen. Der Vorschußanspruch des § 669 aber muß auch bei Geschäftsbesorgungsdienstverträgen[3]) zugestanden werden. Der Zweck des Vorschusses, dem zum Handeln Verpflichteten Barauslagen zu ersparen (neben den anderen, auch hier nicht unwichtigen Gesichtspunkten), ist hier ebenso bedeutsam wie bei sonstigen Auftrags- und Dienstverträgen. Praktische Schwierigkeit bietet die Verschmelzung von Vergütung und Auslagenersatz in einer Summe nicht: bei der Auszahlung des Entgelts wird einfach der Betrag der geleisteten Vorschüsse von der Gesamtsumme abgezogen. Abzulehnen ist die Beweisführung Lotmars[4]) (obwohl seine Ansicht für die Geschäftsbesorgungsdienstverträge im Ergebnis mit der hier vertretenen übereinstimmt), die Anwendung des § 669 sei in § 675 schlechthin vorgeschrieben, somit auch für den Fall, daß die Vergütung den Auslagenersatz einbegreift. Tatsächlich finden nach dem Gesetzes-

---

[1]) Staudinger, Anm. 6 zu § 675.

[2]) Prot. Band II S. 377.

[3]) Über einfache Dienstverträge siehe unten S. 45, über Werkverträge dagegen und Geschäftsbesorgungswerkverträge S. 49 f.

[4]) Band I S. 142.

text die zitierten Paragraphen nur „entsprechende Anwendung", was sich nicht nur auf die Art und Weise, sondern überhaupt auf die Frage der Anwendbarkeit selbst bezieht. Das Vorliegen eines Vorschußanspruchs bedurfte also der Prüfung.

Der Vorschußanspruch des geschäftsführenden Gesellschafters — und des Vereinsvorstandes in entsprechender Weise, aber mit Unterscheidung zwischen rechtsfähigem und nichtrechtsfähigem Verein hinsichtlich der Passivlegitimation, solange es nicht zum Prozeß kommt — ist von praktischer Bedeutung nur in den Fällen (die allerdings häufiger sind als die entsprechenden beim Vormund — siehe hier unten), wo nicht ein solcher allein, sondern mehrere geschäftsführende Gesellschafter zusammen oder ein oder mehrere andere Gesellschafter die Verfügung über die Geldmittel haben[1]); außerdem ist er beschränkt durch etwaigen Mangel an Gesellschaftsvermögen, weil von dessen Höhe der Umfang der Verpflichtung zur Vorschußgewährung während Bestehens der Gesellschaft abhängt; eine etwaige Kündigung der Gesellschaft nach § 723 BGB. würde den Vorschußanspruch von der Fortsetzung der beabsichtigten Handlung und Fortdauer der Geschäftsführungsbefugnis (§ 730) abhängig machen.

Der Anspruch des Vormunds unterliegt ähnlichen Beschränkungen[2]). Bei Vorhandensein von Vermögen hat der Vormund das ja im allgemeinen selbst in Händen. Ausgaben kann er aus ihm bestreiten, wofür er stets ausreichende Barmittel bereit halten mag. Der Gegenvormund hat nur etwaigen Mißbrauch zu verhindern. So tritt der Vorschußanspruch nur hervor bei gemeinschaftlicher Vormundschaft (§ 1797 Abs. 1 BGB.) oder wenn bei geteilter Mitvormundschaft (§ 1797 Abs. 2) Mittel sich nur in dem Teile des Vermögens befinden, das von dem anderen Vormund verwaltet wird. Bei vermögensloser Vormundschaft kann der Vormund jede mit Barauslagen verbundene Leistung verweigern. Nimmt man gegen die hauptsächlich auf Preußen bezügliche Ansicht von Fuchs (der gegen Ermel behauptet, die Berichterstattung an das Vormundschaftsgericht sei unfrankiert möglich) an, daß er darnach keinen Brief absenden muß, so wird er in Wirklichkeit doch lieber das Porto auslegen, als den im Zweifel teureren (nicht zum Ersatz berechtigenden) Zeitverlust durch mündliche Rücksprache leiden. Wenn er aber das Vormundschaftsgericht[3]) um Vorschuß angeht, so

[1]) Vgl. Broicher, a. a. O. S. 201.

[2]) Vgl. zum folgenden: RG.-Kommentar Anm. 2 zu § 1835; Ermel in DJZ. 1904 S. 309; OLGRat Fuchs, ebenda S. 393; Wirtz in DJZ. 1905 S. 165; Frankenberg, ebenda S. 300.

[3]) So Frankenberg a. a. O., nicht die Gemeindebehörde des Unterstützungswohnsitzes des Mündels unmittelbar, wie Wirtz a. a. O. meint.

liegt diese Bitte außerhalb des gegen das Mündelvermögen gerichteten Vorschußanspruchs von § 1835. Ermels de lege ferenda erhobene Forderung der Portofreiheit für Schreiben an das Vormundschaftsgericht erscheint gerechtfertigt, wogegen für Schreiben an private Empfänger in Vormundschaftsangelegenheiten die Vorkehrungen gegen Mißbrauch zu schwierig wären.

b) Bei einer weiteren Reihe von Rechtsverhältnissen ergibt sich die Bejahung eines Vorschußanspruchs aus einer mittelbaren Anwendung des Gesetzes.

Die Durchführung eines Dienstvertrags legt die Notwendigkeit von Barauslagen des Dienstverpflichteten im Interesse des Dienstherrn nahe. Der Auslagenersatz ist etwas anderes als die nach § 614 BGB. nachträglich fällige Vergütung. Der Dienstverpflichtete verspricht, seine Arbeitskraft zur Verfügung zu halten und in dieser Beziehung vorzuleisten, nicht aber, sein Geld zu kreditieren. Gewährt der Dienstherr dem Arbeitnehmer nicht die zur Ausführung der Dienste notwendigen Mittel, so verschuldet er selbst die darauf beruhende Nichtbewirkung der Leistung [1]). Deshalb kann zum Beispiel das Dienstmädchen Vorschuß, und zwar Vorausleistung des ganzen voraussichtlichen Auslagenbetrags oder wenigstens Anweisung von einzelnen Teilbeträgen zur allmählichen vorschußweisen Abhebung, verlangen, wenn die Herrschaft verreist und das Mädchen sich inzwischen selbst verköstigen soll. Ebenso steht dem Arbeiter Vorschuß zu, wenn ihm ohne seine eigene Schuld durch ungewöhnlich weiten Arbeitsweg oder Aufenthalt außerhalb des Wohnorts (zum Beispiel „auf Montage") Auslagen erwachsen [2]).

Solche Auslagen kommen besonders beim Handlungsreisenden in Betracht, der in einem nach § 675 BGB. (neben HGB.) zu beurteilenden Dienstverhältnis steht, da er in persönlicher Unterordnung den Weisungen des Prinzipals gegenübersteht und im allgemeinen nicht das ganze Risiko seiner Tätigkeit trägt, sondern neben seiner Provision ein festes Gehalt bezieht. Ihm hat der Prinzipal die Reisespesen vorzuschießen [3]). Wo der Betrag der vorgeschossenen Reisespesen später auf Provision und Gehalt angerechnet wird, ist dies ein Beispiel dafür, daß ein Vorschußanspruch nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß die Vergütung zugleich als Aufwendungsersatz angesehen wird [4]).

---

[1]) Ob man hier Unmöglichkeit oder (besser) eine Einrede der Nichtzumutbarkeit wegen einer bis zur Unerschwinglichkeit führenden Leistungserschwerung annehmen will, ist hier nicht zu untersuchen.

[2]) Wölbling, a. a. O. S. 141 f.

[3]) LG. Stettin in GewKfmG. 14 S. 151.

[4]) Vgl. oben S. 43.

Das Rechtsverhältnis der Vorstände oder geschäftsführenden Gesellschafter eines Vereins, einer Stiftung, einer bürgerlich- oder handelsrechtlichen Gesellschaft ist je nach dem Umstande, ob eine Vergütung ausbedungen ist oder nicht, als Geschäftsbesorgungsdienstvertrag oder unmittelbar nach Auftragsgrundsätzen[1]) zu beurteilen. In beiden Fällen besteht ein Vorschußanspruch. Da § 110 HGB. das Bestreben zeigt, dem Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft jegliche Verwendung aus seinem eigenen Vermögen möglichst vollständig zu ersetzen und dadurch ihn zu notwendigen Maßnahmen zu ermutigen (indem er ihm für seine Auslagen Ersatz und Zinsen verspricht), läßt sich aus dieser Vorschrift ein Vorschußanspruch des Gesellschafters für solche Aufwendungen mittelbar entnehmen.

Auch Treuhandgeschäfte[2]) unterstehen oft hinsichtlich des Rechtsverhältnisses der Parteien den Grundsätzen des Auftrags, da die Zession häufig den Treuhänder zu bestimmten Handlungen von vornherein verpflichten soll oder nachträglich wegen seiner Pflicht, die Interessen des Zedenten wahrzunehmen, veranlaßt. Je nach der Regelung der Entgeltsfrage ist auch hier (in Mischung mit dem Hauptverhältnis, dem die Zession dient) ein reiner Auftrag oder ein Vertrag nach § 675, also jedenfalls ein Vorschußanspruch anzunehmen.

Da der Schuldner nach § 369 BGB. die Kosten der Quittung zu tragen hat, wird man ihm bei § 371 auch die etwa für Herbeischaffung notwendigen Kosten der Rückgabe des Schuldscheins aufbürden müssen; denn diese Rückgabe dient gleichfalls im Interesse des Schuldners zum Beweise der Schuldtilgung. Daraus ist für den Gläubiger ein Anspruch auf Vorschuß für die erforderlichen Aufwendungen zu schöpfen. — Für den gemäß Abs. 2 des § 371 an die Stelle der unmöglichen Quittungsleistung tretenden Mortifikationsschein dagegen schien es der Reichstagskommission selbstverständlich, daß der Gläubiger die Kosten des Scheins zu tragen habe, während § 271 des Entwurfs diese Verpflichtung ausdrücklich bestimmt hatte[3]). Dann steht aber dem Schuldner ein Vorschußanspruch zu, sollten ihm je für die Mitwirkung beim Abschluß dieses Anerkennungsvertrags Auslagen erwachsen.

Bei den Kosten der zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Erklärungen gibt § 897 BGB. demjenigen, von dem Er-

[1]) Für diesen Fall vgl. oben S. 41, für beide Fälle S. 44.

[2]) Vgl. Schöny a. a. O., bes. S. 347; RG. 76 S. 345 über Abtretung zur Sicherheit und Vorschuß.

[3]) Vgl. Prot. Band 1 S. 342.

klärungen (z. B. eine Eintragungsbewilligung) verlangt werden, nicht ausdrücklich einen Vorschußanspruch, doch ist mit Planck (zu § 897) anzunehmen, daß er mindestens die Erklärung verweigern kann[1]), solange nicht die Kosten vorgeschossen werden, da man hier ebensowenig wie in den Fällen der §§ 398, 403 dem Erklärenden Barauslagen für den anderen zumuten kann, der an der Erklärung allein interessiert ist.

Die nach § 1357 BGB. mit der Schlüsselgewalt ausgestattete Hausfrau hat einen rechtlichen Anspruch gegen den Ehemann auf mindestens wöchentliche vorschußweise Entrichtung des Haushaltungsgelds als feste Rente, weil man auch sie nicht zu Barauslagen zwingen kann und sie ihre Obliegenheiten in einer auftragsähnlichen Weise ausführt[2]).

5. Einige Rechtsverhältnisse sind nun aber zu bezeichnen, deren Natur für einen Vorschußanspruch oder wenigstens für seine Durchsetzbarkeit keinen Raum läßt. Teils würde schon die Vorschußgewährung an sich ihrem Wesen widersprechen, wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, beim Kreditauftrag, bei der Bürgschaft und bei der Anweisung auf Schuld, teils ist die Leistung eines Vorschusses zwar möglich, aber nicht klagweise erwirkbar, wie beim Werkvertrag, beim Wechselakzept, bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen und bei der Erbengemeinschaft. Beim Geschäftsbesorgungswerkvertrag ist die Nichtanwendbarkeit der vom Gesetze zur „entsprechenden Anwendung" herangezogenen Vorschußbestimmung festzustellen. Den Zweck der Einschränkung der früher mißbräuchlichen Vorschußerhebung zeigen die neuen Vorschriften über das Stellenvermittlungswesen.

Hierüber ist im einzelnen folgendes zu sagen:

a) Die Geschäftsführung ohne Auftrag würde durch Hingabe eines Vorschusses in ein Auftragsverhältnis verwandelt werden, denn bei ihr wird das Einverständnis des Geschäftsherrn mit der Übernahme der Geschäftsführung höchstens als sicher vorhanden angenommen, vielfach aber nur erhofft, ja § 679 BGB. rechnet sogar mit einem Verbot des Geschäftsherrn. Jedenfalls schließt die Natur dieses Geschäfts die vorherige Kenntnis von der Geschäftsführung, also um so mehr die Einwilligung durch eine Vorschußgewährung aus. Darum gibt § 683 dem Geschäftsführer nur nachträglichen Ersatz seiner Aufwendungen.

b) Auch bei Rechtsverhältnissen, die sonst einen Vorschußanspruch und seine Durchsetzung kennen, fehlt es daran unter Umständen, näm-

[1]) Aber auch die Klage ist zulässig, vgl. unten S. 63.

[2]) OLG. Braunschweig in SeuffA. 67 S. 403 mit Literatur; vgl. unten S. 54.

lich dann, wenn für das Entstehen der vom Gesetz vorausgesetzten Kosten keine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht[1]) oder wenn der Vorschußanspruch oder wenigstens seine klagweise Durchsetzung mit der Natur des einzelnen Verhältnisses unvereinbar und deshalb als wegbedungen[2]) oder gesetzlich ausgeschlossen anzusehen ist. Dies trifft nicht nur bei einer besonderen Sachlage zu, die etwa in einem einzelnen Falle einem Beauftragten den Vorschußanspruch nimmt, sondern begegnet auch allgemein bei rechtlichen Unterarten von Vertragstypen, die an sich mit Vorschußansprüchen ausgestattet sind. So ist es beim Kreditauftrag (c) und beim Wechselakzept (f), die sich aber wieder durch die Möglichkeit einer Vorschußgewährung unterscheiden.

c) Der Kreditauftrag[3]) des § 778 BGB. hat zwar ein wirkliches Auftragsverhältnis zur Voraussetzung, aber die Geltung der Auftragsgrundsätze, unter denen er im allgemeinen — besonders vor der Kreditgewährung — steht, reicht nur so weit, als die besondere Natur dieses Rechtsverhältnisses es gestattet. Der Beauftragte soll den Kredit auf eigene Rechnung geben. Für einen Vorschuß ist hier begrifflich kein Raum, denn ein Vorschuß würde den § 778 zugunsten des § 669 einfach beiseite schieben. Die von Planck[4]) herangezogene Parteiabsicht, nach welcher § 669 „in der Regel" unanwendbar sei, spielt neben der begriffsmäßigen Unmöglichkeit des Vorschusses keine Rolle. Der kreditvermittelnde Faktor wäre bei Vorschußpflicht nicht mehr die Persönlichkeit des Auftraggebers, sondern die reale Sicherheit, die dem Kreditgeber in dem Vorschuß geboten würde. Nach den Worten des Gesetzes entsteht in erster Linie eine Verbindlichkeit des Dritten, während die des Kreditmandanten subsidiär ist: er soll nur als Bürge haften. Die Subsidiarität ist aber wesentliche Eigenschaft der Bürgschaft: § 771 gibt dem Kreditmandanten als Bürgen die Einrede der Vorausklage; der Kreditmandant hat dem Beauftragten wie überhaupt der Bürge dem Gläubiger nur seine schließliche Einbuße zu ersetzen.

Der Ausschluß des Vorschusses bei der Bürgschaft bedarf nach dem Vorstehenden nicht der besonderen Begründung.

d) Von dem oben S. 32 besprochenen Vorschuß, der in der Leistung des gemäß § 783 BGB. Angewiesenen für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger liegen kann, ist der Vor-

[1]) Vgl. oben S. 42 f.
[2]) So RGKomm. zu § 669.
[3]) Vgl. besonders Weidemann a. a. O., Bendix a. a. O., Enneccerus I 2 § 416.
[4]) Anm. 4b zu § 778.

schuß zu unterscheiden, den der Angewiesene mit Rücksicht auf seine bevorstehende Leistung von dem Anweisenden (gemäß § 669 BGB. oder aus einem sonstigen Grunde) empfängt. Dieser Vorschuß kommt nur bei der Anweisung auf Kredit in Frage, nicht auch bei der Anweisung auf Schuld des Angewiesenen. Würde nämlich der Anweisende trotz Bestehens einer solchen Schuld des Angewiesenen diesem einen Vorschuß aushändigen, so würde er damit ausdrücken, daß die Leistung des Angewiesenen eben nicht im Hinblick auf diese Schuld geschehen, sondern eine Leistung auf Kredit sein solle; bezüglich des etwaigen Restes des Erstattungsanspruchs (sofern ein solcher nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis vorhanden wäre) käme dann die Aufrechnung gegen die Forderung des Anweisenden in Betracht.

Ein Vorschuß für die Leistung des auf Kredit Angewiesenen kann zum Beispiel in der Form des Giroguthabens geleistet werden; in diesem Fall hat der Anweisende allerdings als Girokunde einen Anspruch gegen den Angewiesenen, nämlich auf Bewirkung von Auszahlungen bis zur Höhe des Vorschusses, nämlich des Guthabens, aber diese Schuld des Angewiesenen gründet sich auf die Erfüllung der Auftragspflicht, sie ist nicht eine solche Schuld, wie sie § 787 BGB. im Auge hat.

e) Während der Dienstvertrag häufig einen Vorschußanspruch zum Entstehen bringt[1]) und auch der Geschäftsbesorgungsdienstvertrag damit ausgestattet ist, paßt zum Werkvertrage[2]) höchstens ein vertragsmäßiger oder sonst ausdrücklich bestimmter Vorschußanspruch. Denn bei ihm wird eine größere soziale oder ökonomische Selbständigkeit des Unternehmers und ein gewisses (wenn auch noch so kleines) Betriebskapital vorausgesetzt; dies zeigt sich hauptsächlich im Fehlen des Leitungsrechts des Bestellers und in der Haftung des Unternehmers für den Erfolg. Aus dieser eigenen Gefahr des Unternehmers ergibt sich auch, daß er zugleich im eigenen Interesse arbeitet: ihm selbst fällt der Vorteil rascher und guter Arbeit anheim in Gestalt höheren Verdienstes, während der Dienstverpflichtete daran nur mittelbar interessiert ist (abgesehen vom Akkordvertrag), nämlich mit Rücksicht auf die Zufriedenheit des Arbeitsherrn. Da aber der Auslagenvorschuß eine Tätigkeit im Interesse des Vorschußgebers voraussetzt, so kann der Unternehmer für seine Barauslagen, die ihm zum Beispiel durch Beschaffung des Werkzeugs und Arbeitsstoffs, durch seinen Arbeitsweg oder für seine Werkstätte usw. erwachsen, keinen Auslagenvorschuß verlangen, wenn ihm dieser Anspruch nicht im einzelnen

[1]) Vgl. oben S. 45.

[2]) Der Akkordvertrag steht dem Dienstvertrage mindestens näher.

Falle zugebilligt ist. Da nun beim Geschäftsbesorgungswerkvertrag dieselben Gründe vorliegen und der § 669 im § 675 nur zur „entsprechenden Anwendung" herangezogen ist, muß der Vorschußanspruch auch hier verneint werden[1]).

Das Kommissionsgeschäft des HGB. ist ein solcher Werkvertrag mit Geschäftsbesorgung[2]). Von manchen wird es zwar wegen seiner Bedeutung nicht bloß des Erfolgs, des Geschäftsabschlusses, sondern auch der Ausführung, und wegen der Leitungsbefugnis des Kommittenten (§ 384 Abs. 1) dem Dienstvertrage nach § 675 BGB. zugewiesen[3]). Allein bei der großen Selbständigkeit des Kommissionärs, bei dem von einem persönlichen Unterordnungsverhältnis keine Rede ist, und bei der grundsätzlichen Abstellung auf den Erfolg, der in der Ausführung des abgeschlossenen Geschäfts besteht und die Voraussetzung für die Entstehung der Provisions-, das heißt der Vergütungsforderung des Kommissionärs bildet, scheint das Rechtsverhältnis dem Werkvertrage doch näher zu stehen. Daraus folgt, daß dem Kommissionär Vorschuß für seine eigenen, zur Durchführung seiner Aufgabe notwendigen Barauslagen zwar gewährt werden kann, was auch tatsächlich häufig geschieht, daß aber seine Forderung auf Deckung für sie nicht auf Vorauszahlung, sondern lediglich auf nachträglichen Ersatz geht (§ 396 Abs. 2 HGB.).

Die vom Reichsgericht im 23. Band[4]) angeführten Beispiele für das Bestehen der Vorschußforderung deuten darauf hin, daß auch das RG. nicht für die eigenen Barauslagen des Kommissionärs Vorschuß gewähren, sondern nur die Durchführung des abgeschlossenen Geschäfts sicherstellen will, wenn es sagt: „Der Kommissionär ist dem Kommittenten gegenüber nicht verpflichtet, in Vorschuß zu gehen, sondern er kann verlangen, daß der Kommittent ihm die Mittel gewährt, die für seine Rechnung abgeschlossenen Geschäfte zu erfüllen, also dem Verkaufskommissionär die von diesem verkaufte Ware zur Verfügung zu stellen, dem Einkaufskommissionär das Kaufgeld, gegen welches dieser die Ware zu beziehen hat, bereit zu stellen, und zwar muß dies beides am Erfüllungsorte des kommittierten Geschäfts stattfinden . . . ." Diese Verbindlichkeit kann der Kommittent aber in der Regel nach seiner Wahl durch Leistung an den Dritten, den Vertragsgegner des kommittierten Geschäfts, erfüllen, statt dem Kommissionär Vorschuß oder Ersatz zu leisten; dadurch befreit er den

[1]) Über den Geschäftsbesorgungsdienstvertrag dagegen siehe oben S. 43.
[2]) So zum Beispiel Riezler a. a. O. S. 79.
[3]) RG. 53 S. 363 ff., 371 läßt die Frage offen.
[4]) RG. 23 S. 413.

Kommissionär zugleich von der Verbindlichkeit, die der Kommissionär für Rechnung des Kommittenten eingegangen hat[1]).

f) In gleicher Weise wird auch der Mäkler lediglich im eigenen Interesse tätig; er ist zum Tätigwerden ja überhaupt nicht verpflichtet, sondern wird dazu nur durch die Hoffnung auf die Provision und durch die Besorgnis vor Nachteil durch vergeblichen Zeit- und Geldaufwand angespornt. Da nun der Mäkler irgend etwas nur bekommen soll, wenn der angestrebte Vertrag durch seine Tätigkeit zustande gekommen ist (BGB. § 652), und seine Auslagen im Zweifel nur in Gestalt der Provision ersetzt werden sollen (§ 652 Abs. 2), so kann kraft Gesetzes weder ein Provisions- noch ein Auslagenvorschuß gefordert werden; die §§ 669, 675 BGB. sind angesichts des Eigeninteresses des Mäklers auch nicht analog anwendbar[2]). Und wenn das Mäklerverhältnis durch ausdrückliche Verpflichtung zum Tätigwerden in einen Werkvertrag hinübergeführt ist[3]), ergibt sich das Fehlen eines Vorschußanspruchs mangels gegenteiliger Vereinbarung neben den eben geltend gemachten Gründen auch aus den ähnlichen, für den Werkvertrag angestellten Erwägungen.

Um die früher übliche Vorschußüberforderung im Stellenvermittlungswesen zu hintertreiben, hat Württemberg wie Elsaß-Lothringen[4]) in den Vollzugsbestimmungen zum Stellenvermittlergesetz angeordnet, daß vor dem Zustandekommen des Vertrags der Stellenvermittler von dem Stellensuchenden die „Hinterlegung" von höchstens dem vierten Teile der Gebühr verlangen darf. Darüber hinaus darf sich also der Unternehmer bei diesem Vertrage keinen Vorschuß zubilligen lassen; für eine Zuwiderhandlung kommt als Folge die völlige oder teilweise Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gemäß §§ 134, 139 BGB. in Betracht.

g) Das Wechselakzept ist eine formelle Annahme des in der Tratte enthaltenen Zahlungsauftrags[5]), und so ist es auch bei dem Gefälligkeitsakzept als Unterart. Ein Vorschußanspruch ist also ge-

---

[1]) Vgl. RG. 47 S. 125.

[2]) Vgl. hierzu Reichel a. a. O. S. 5 und 268.

[3]) Vgl. oben S. 22.

[4]) Württ.: Verfügung des Min. d. Inn. zum Vollzug des Stellenvermittlergesetzes, vom 7. 9. 1910, RegBl. S. 467 ff.: VA Ziff. 10 (zu § 8 StVermG.).

Elsaß-Lothr.: Vorschriften über den Geschäftsbetrieb der gewerbsmäßigen Stellenvermittler, vom 9. 9. 1910, Zentral- und Bezirksamtsblatt für Elsaß-Lothr. S. 209, Ziff. 20, vgl. Köhler a. a. O., S. 224.

[5]) Auffassung als Mandat schon in RG. 35 S. 27. Liegt aber im Einzelfalle etwa ein Geschäftsbesorgungsdienstvertrag vor, so ist die Rechtslage bezüglich des Vorschusses dieselbe.

geben. Wenn aber der Akzeptant ihn nicht durchzusetzen vermag, ehe er vom Wechselgläubiger aus seinem Akzept in Anspruch genommen wird, so ist es zu spät [1]). Nun konkurrieren nämlich BGB. § 669 und Wechselordnung Art. 23. Hierbei siegt die WO. als lex specialis; die abstrakte, formale Natur der Wechselverpflichtung bewirkt die Haftung des Akzeptanten unter Einschränkung der Einwendungen, die er etwa aus dem Deckungsverhältnis hat (außer wenn etwa der Aussteller selbst ihn aus dem Wechsel in Anspruch nehmen wollte: Art. 82 WO.). Der Akzeptant kann nicht einwenden, daß er nur aus Gefälligkeit angenommen habe, und daß der Aussteller ihm Einlösung des Wechsels bei Verfall versprochen, aber keinen Vorschuß nach § 669 BGB. gegeben habe. Er muß nach Art. 23 WO. die von ihm akzeptierte Summe zur Verfallzeit zahlen, worauf ihm die Revalierungsklage, die actio mandati contraria, gegen den Aussteller zusteht. Für das RG.[2]) dagegen „steht es von vornherein fest", daß der Akzeptant mit Zahlung der Wechselsumme nicht in Vorschuß zu gehen brauche.

h) Die für die Gemeinschaft nach Bruchteilen aufgestellte Vorschrift des § 748 BGB. über die Kosten der Erhaltung, Verwaltung und gemeinschaftlichen Benutzung des Gemeinschaftsgegenstands gilt nach § 2038 Abs. 2 Satz 1 BGB. auch für die Erbengemeinschaft. Der Teilhaber, Miterbe braucht bei der Kostentragung nicht in Vorschuß zu gehen (aber er kann durch Geschäftsführung ohne Auftrag für die Gemeinschaft etwas für den Gemeinschaftsgegenstand tun), sondern die Verwaltung des Gegenstands soll sich aus diesem selbst bezahlen, also zum Beispiel aus den vorhandenen Nachlaßmitteln.

II. Benachrichtigung.

Soweit eine Vorschußpflicht besteht, ist nach Treu und Glauben zu verlangen, daß die Ankündigung der Vorschußforderung so frühzeitig als tunlich geschieht, so daß der Vorschußpflichtige nicht mit der Vorschußforderung und den Folgen der Nichtleistung überrascht wird. Beim Auftrag und den entsprechend zu behandelnden Fällen geht dies auch aus dem § 666 BGB. hervor[3]), der dem Beauftragten die Pflicht auferlegt, dem Auftraggeber die „erforderlichen" Nachrichten zu geben; zur Erfüllung dieser Pflicht gehört auch die Rechtzeitigkeit der Mitteilung. Die Mitteilungspflicht kann jedoch wegfallen, wenn der Vorschußpflichtige dem Beauftragten schon stillschweigend (aber doch deutlich genug) zu erkennen gegeben oder ausdrücklich erklärt hat, daß er keinen

[1]) Einen Fall rechtzeitiger Vorschußleistung siehe unten S. 77.
[2]) RG. 77 S. 30.
[3]) Staudinger, Anm. 2 zu § 669; RGKomm. zu § 669.

Vorschuß leisten wolle: dann kann der Beauftragte die Folgerungen aus der Vorschußverweigerung [1]) ziehen, insbesondere die Erfüllung seiner Auftragspflicht aufgeben [2]). Man muß dem Vorschußschuldner Gelegenheit geben, seine Maßnahmen zu treffen, also entweder den Vorschuß bereit zu halten oder seine Anweisungen zu ändern oder den Auftrag überhaupt zu widerrufen. Dementsprechend bemerken auch die Motive [3]), daß den Beauftragten unter Umständen ein Verschulden trifft, wenn er versäumt, den Auftraggeber auf das Erfordernis eines Vorschusses aufmerksam zu machen, bzw. einen solchen einzufordern.

Der Dienstverpflichtete wird auch durch seine Treupflicht zu dieser Mitteilung veranlaßt: einmal aus den eben erwähnten Gründen, ferner aber auch deswegen, weil die Betriebseinrichtungen teilweise unbenutzt bleiben, wenn der Arbeiter wegen Nichtleistung des Vorschusses plötzlich die Arbeit einstellt [4]).

Die Mitteilungspflicht geht des weiteren vielfach aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht hervor, die dem Vorschußforderer durch das zugrunde liegende Rechtsverhältnis auferlegt wird. So folgt zum Beispiel für den Vorstand einer Gesellschaft in den Fällen, wo die Gesamtheit der Gesellschafter einen Beschluß fassen will, aus § 708 BGB. die Pflicht, die Versammlung auf die voraussichtlich entstehenden Kosten und darunter fallenden Kostenvorschüsse aufmerksam zu machen, um sie vor unliebsamen Überraschungen zu bewahren.

Die Mahnung an die bereits eingetretene Fälligkeit der Vorschußforderung hat wegen des Leistungsverzugs des Vorschußschuldners Bedeutung [5]).

Wo periodische Vorschüsse gegeben werden, beschränkt sich die Mitteilungspflicht auf die Fälle besonders starken oder besonders frühzeitigen Bedürfnisses.

Immer ist die Pflicht vorheriger Benachrichtigung durch eine dem vorliegenden Rechtsverhältnis und der Sachlage angemessene Beurteilung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte vor rigoroser Verschärfung zu schützen.

---

[1]) Siehe unten S. 55 ff.

[2]) Vgl. z. B. RG. 76 S. 345, wo der Treuhänder das unter sonstigen Umständen notwendige Mitbieten bei einer Versteigerung aus diesem Grunde mit Recht unterließ.

[3]) Mot. II S. 540; sie verweisen dabei auf die Entscheidung des ROHG. Bd. 16 Nr. 94 S. 375 ff., 379, die aber davon nicht spricht, sondern von der Widerruflichkeit des Mandats, vgl. unten S. 61, Anm. 4.

[4]) Wölbling, S. 134 Anm. 1.

[5]) Hierüber siehe unten S. 57.

III. Höhe des Vorschusses.

Die Höhe des freiwilligen Vorschusses steht rechtlich im freien Belieben des Vorschußgebers[1]). Bei nicht freiwilligem, also vertraglich, statutarisch, gesetzlich bestimmtem Vorschuß ergibt sich die Höhe aus der Rechtsquelle oder aus der Natur des Vorschußverhältnisses.

Bei den S. 5 ff. beschriebenen periodischen Vorschußzahlungen bemißt sich die Höhe nach dem abzuschätzenden Werte der geleisteten Arbeit oder nach der Zahl der Arbeitsstunden oder -tage. Für das vorschußweise zu zahlende Haushaltungsgeld hat das OLG. Braunschweig[2]) einen für den Zeitraum von mindestens einer Woche reichenden Betrag für angemessen erachtet, damit die Schwankungen des täglichen Bedarfs ausgeglichen werden können.

Der Vorschußbetrag kann begrifflich einen *Teil* der Hauptleistung ausmachen; dies ist beim Lohnvorschuß das Gewöhnliche. Er kann aber auch durch einmalige oder allmähliche Hingabe die *volle* Höhe der Hauptleistung erreichen; dies ist bei Vorschuß für Barauslagen normalerweise der Fall, aber ebenso bei Entgeltsvorschuß möglich, zum Beispiel beim Akkordvorschuß, wenn die Arbeitsleistung unerwartet gering ausfällt und daher die geleisteten Vorschüsse den ganzen Akkordpreis erschöpfen. Dasselbe Beispiel ist aber auch das nächstliegende für die Möglichkeit, daß der Vorschuß die vorgesehene Leistung sogar *übersteigt*, so daß ein Rückforderungsrecht des Vorschußgebers im Betrage des Unterschieds zwischen Vorschuß und Akkordpreis entsteht, statt daß ein Akkordüberschuß dem Arbeiter auszuzahlen ist[3]).

IV. Fälligkeit.

Der Zeitpunkt der Fälligkeit bestimmt sich mangels einer Festlegung nach dem *Eintritt der materiellen Voraussetzung* des Anspruchs: das „Wann?" fällt hier mit dem „Ob?" zusammen (zum Beispiel „wenn" Auslagen notwendig werden, „dann" entsteht der Anspruch, das heißt mit dem Eintritt der Notwendigkeit); je nach den Umständen läßt er sich wenigstens auf dieser Grundlage berechnen. Im Zweifel kann die Leistung nach § 271 BGB. „sofort" verlangt werden. Der Vorschußanspruch entsteht also im allgemeinen zugleich mit dem *Bedürfnis*. Doch kann er auch schon mit der *Mitteilung, daß die Handlung verlangt werde*, entstehen: da, wo

---

[1]) *Tatsächliche* Schranken ergeben sich aus dem Zwecke des Vorschusses, vgl. oben S. 1 ff., bes. 4 unten, 27.

[2]) SeuffA. 67 S. 403; vgl. oben S. 47.

[3]) Vgl. oben S. 10.

der Vorschuß in erheblichem Maße zugleich die Sicherstellung des Empfängers bezweckt, wie beim Rechtsanwalt.

Demnach erwächst die Forderung mit dem Beginn des Grundverhältnisses oder während seiner Dauer, einmal oder öfters, nämlich so oft die Notwendigkeit von vorschußberechtigenden Aufwendungen hervortritt. Ist eine *bestimmte Zeit* oder sind regelmäßige *Termine* für die Vorschußleistung festgesetzt, so tritt die Fälligkeit in diesem Augenblicke ein.

Der Anspruch *entsteht immer neu* (was sich in der Nichtverjährung[1]) äußert), bis sich nach Vornahme der vorschußbegründenden Leistung der Anspruch auf Auslagenvorschuß in die Ersatzforderung (§ 670 BGB.), der Anspruch auf Entgeltsvorschuß in den fälligen Entgeltsanspruch (§§ 433 Abs. 2, 614 u. a.) verwandelt. Obwohl bei Geschäftsführung ohne Auftrag ein Vorschuß undenkbar ist[2]), kann sich doch die *Auftragsvorschußforderung* in einen Aufwendungsersatzanspruch im Sinne des § 683 verwandeln, zum Beispiel wenn jemand einen anderen an die Vornahme einer im öffentlichen Interesse liegenden pflichtmäßigen Handlung oder an die Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht (§ 679 BGB.) erinnert, ihm vergeblich die Übernahme eines entsprechenden Auftrags unter gleichzeitigem Vorschußverlangen anbietet, darauf das Geschäft selbst vornimmt und nun gemäß § 683 Abs. 2 Ersatz seiner Aufwendungen fordert.

V. Nichtleistung.

Verweigert der Vorschußpflichtige einen fälligen Vorschuß ohne einen dazu berechtigenden Grund[3]), so zieht dies eine Reihe von Rechtsfolgen nach sich, die wegen ihrer für den Vorschußschuldner nachteiligen Wirkungen mehr oder weniger geeignet sind, dem Vorschußverlangen Erfolg zu verschaffen.

1. Da der Vorschußanspruch immer demselben rechtlichen Verhältnis entspringt, auf das die eigene Leistungspflicht des Vorschußberechtigten sich gründet, so gibt § 273 BGB. diesem für seine Leistung das *Zurückbehaltungsrecht*[4]), soweit ein solches nicht mit der

---

[1]) Siehe unten S. 63.

[2]) Vgl. oben S. 47.

[3]) Als ein solcher kommt neben den verschiedenen Einreden der Unmöglichkeit, Nichtzumutbarkeit usw. auch die clausula rebus sic stantibus des § 321 BGB. in Betracht, zum Beispiel für den Käufer gegenüber dem in schlechten Geschäftsgang geratenen Verkäufer.

[4]) Dies ist allgemein anerkannt; vgl. zum Beispiel RGKomm. zu § 669, Planck zu §§ 369, 403, 669, 897, Oertmann zu §§ 369, 669, Staudinger zu § 669.

Natur des konkreten Verhältnisses unvereinbar wäre[1]). In den Fällen der §§ 369 und 403 BGB. lehnt demnach der Gläubiger die Herstellung der Quittung und der Abtretungsurkunde so lange ab, bis Vorschuß bezahlt ist. Hält er aber die schon hergestellte Erklärung bis zur Leistung des „Vorschusses" zurück, so ist die Leistung des Vorschußschuldners nicht mehr reine Vorschußleistung, sondern zum Teil schon Kostenerstattung: sie ist zum Beispiel wirklicher Vorschuß bezüglich des erst zu entrichtenden etwa vorgeschriebenen Stempels oder des Portos, Kostenerstattung bezüglich der Herstellung der Erklärung (notwendige Schreibauslagen). Der Beauftragte ferner steht von der Ausführung des Auftrags ab[2]), der Akkordarbeiter unterläßt den Akkordvollzug[3]), der Besitzer verweigert die Vorweisung der Sache[4]), der im Falle des § 897 BGB. zu einer Erklärung Verpflichtete die Erklärung[5]) — und ebenso ist es in den anderen entsprechenden Vorschußfällen des BGB. Der Angestellte, der aus solchem Grunde sich weiterer Tätigkeit für den Arbeitgeber weigert, darf nicht aus diesem Grunde entlassen[6]) werden. Der nach § 33 RAO. (wenn die Partei keinen Rechtsanwalt findet) beigeordnete Rechtsanwalt kann nach § 38 „die Vertretung davon abhängig machen, daß ihm ein nach den Vorschriften der Gebührenordnung zu bemessender Vorschuß gezahlt wird", ist also zur Übernahme vor Zahlung nicht verpflichtet[7]). Ebenso kann der Rechtsanwalt in den übrigen Fällen bei Nichtleistung des ihm nach § 84 RAGebO. zustehenden Vorschusses den Auftrag ablehnen oder kündigen[8]).

2. Die Verantwortung für das Unterbleiben der Leistung des Vorschußberechtigten fällt auf den Vorschußschuldner. Der Vorschußgläubiger trägt sie nicht, wenn er deswegen nicht handelt, weil er einen notwendigen Vorschuß nicht erhält, denn er muß nicht in Vorschuß gehen[9]). Lotmar[10]) drückt dies so aus, er brauche „nicht nur

[1]) Zum Beispiel muß das vom Vorschußberechtigten zuzureitende Pferd trotz Verweigerung des Vorschusses für die Unterhaltung gefüttert werden.

[2]) Vgl. zum Beispiel RGKomm. Anm. 3 zu § 669, RG. 76 S. 345; Oertmann, Anm. 3 zu § 669; Planck, Anm. 1 zu § 669; Staudinger, Anm. 1 zu § 669; Enneccerus, I 2 § 382, 1.

[3]) Lotmar, Band II S. 274.

[4]) Staudinger, Anm. 2 zu § 811.

[5]) Planck, Anm. 2 zu § 897.

[6]) So das LG. Stettin in GewKfmG. 14 S. 151 für die Weigerung des Reisenden, mangels Vorschusses weiter zu reisen.

[7]) Vgl. Meyer, zu § 38.

[8]) Vgl. Joachim-Walter, zu § 84.

[9]) Mot. II S. 540.

[10]) Band II S. 726.

nicht das zu tun oder zu leiden, was sein Verschulden voraussetzt (er gerät nicht in Verzug), sondern auch nicht, was ihm ohne sein Verschulden obliegt“ [1]).

3. Dies zeigt sich besonders darin, daß der Vorschußberechtigte nicht in Annahme- oder Leistungsverzug kommt. Verweigert der Gläubiger bei § 369 BGB. wegen Nichtleistung des notwendigen Vorschusses die Erteilung einer Quittung, so tritt der sonst aus § 298 BGB. hervorgehende Annahmeverzug nicht ein [2]); ebenso fällt bei § 403 BGB. der bisherige Gläubiger durch Verweigerung der Abtretungsurkunde nicht in Leistungsverzug bezüglich seiner Verpflichtung, die Urkunde auszustellen [3]). Auch der Beauftragte, der Angestellte — und überhaupt der Vorschußberechtigte in allen entsprechenden Fällen kommt mit seiner Leistungspflicht nicht in Verzug, wenn er nicht etwa selbst die Vorschußverweigerung zu vertreten hat (BGB. § 285).

4. Vielmehr tritt Verzug des Vorschußpflichtigen ein, und zwar soll hier zunächst sein Annahmeverzug erwähnt sein. Lotmar [4]) schließt zwar das Recht des Annahmeverzugs aus, weil der Vorschußpflichtige die Annahme der Leistung — im besonderen der Arbeitgeber die Annahme der Arbeit — nicht verweigere. Aber der Verzug gründet sich auf § 298 BGB., denn der Inhaber des Vorschußanspruchs ist nicht zur Leistung verpflichtet ohne Vorschuß.

Allein dieser Verzug hilft dem Vorschußbegehrenden nicht viel, da er ihm nicht Ersatz seines Schadens verschafft, sondern nur Ersatz der Mehraufwendungen für das erfolglose Angebot (§ 304 BGB.).

5. Bedeutsamer ist daher der Leistungsverzug des Vorschußschuldners. Er tritt ein, wenn der Vorschußpflichtige trotz einer nach Fälligkeit der Forderung [5]) vorgenommenen Mahnung des Vorschußgläubigers keinen Vorschuß gibt oder wenn er einen zeitlich bestimmten Vorschuß nicht zu der festgesetzten Zeit leistet (§ 284 BGB.). Der Verzug hat dann folgende Wirkungen:

a) Der Vorschußgläubiger kann Ersatz des durch den Verzug entstandenen Schadens verlangen: § 286 BGB. Darunter fällt im Arbeitsverhältnis, wenn der Arbeiter nicht sonstigen Erwerb macht, die volle Vergütung, weil zum Schaden der Lohnentgang gehört (§ 252 BGB.); beim Akkordarbeiter muß allerdings unter Umstän-

---

[1]) Vgl. auch oben S. 53 Anm. 2.
[2]) Planck, Anm. 2 zu § 369.
[3]) Planck, Anm. 3 zu § 403.
[4]) Band II S. 726.
[5]) Siehe oben S. 54 f.

den der Zeitlohn an die Stelle des Akkordlohns treten. Ferner ist dem Vorschußgläubiger der Schaden zu ersetzen, den er durch Mangel an Barmitteln seinen Gläubigern gegenüber erleidet, z. B. wenn er deswegen in einen Mietprozeß verwickelt worden ist[1]), oder wenn er teurere Bezugsquellen für seinen Lebensunterhalt hat aufsuchen müssen, um Kredit (allenfalls nur gegen Zinsen) zu erlangen, statt bar zu bezahlen. Vielleicht hat er auch schon eine neue Wohnung gemietet, Fahrgeld verbraucht, Arbeitsstoff oder Werkzeug angeschafft oder sonstige Auslagen gehabt. Wenn der Vermieter bei Nichtleistung eines bedungenen Vorschusses die Überlassung der Mietsache verweigert, so erwächst ihm Schaden aus ihrer Nichtausnutzung.

Der Schadensersatzanspruch besteht in der gleichen Weise, wenn nicht der Vorschußpflichtige selbst die Leistung versäumt hat, sondern eine Person, deren Verschulden er nach § 278 BGB. zu vertreten hat.

b) Die ganze *Gefahr der Nichterfüllung* der Verbindlichkeit der vorschußberechtigten Partei lastet auf dem Vorschußschuldner, also beim Arbeitgeber nicht bloß die Gefahr der Unternehmung, des Arbeitsmaterials und der hergestellten Arbeit, die er als Eigentümer, sowie der Person des Arbeiters, die er je nach der Einwirkungsmöglichkeit zu tragen hat, sondern auch die der Arbeitskraft, die dem Arbeiter sonst selbst obliegt[2]).

c) Der schuldige Vorschußbetrag ist mit 4 oder 5 v. H. zu *verzinsen*: BGB. § 288, HGB. § 352.

d) § 326 BGB. gibt dem Vorschußgläubiger das Recht, nach Fristablauf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage *zurückzutreten*. Da der Schadensersatz schon nach § 286 zu gewähren ist, steht also hier das Rücktrittsrecht neben ihm.

Dem gewerblichen Arbeiter gibt § 124 Ziff. 4 GewO. das Recht, die *Arbeit* fristlos und ohne Aufkündigung zu *verlassen*, „wenn der Arbeitgeber den Arbeitern den schuldigen Lohn nicht in der bedungenen Weise auszahlt". Daß der pflichtmäßige Lohnvorschuß zum „schuldigen Lohn" gehört, ist schon oben S. 28 erwähnt; die Lohnzahlung „in der bedungenen Weise" bezieht sich nicht nur auf vertraglichen Vorschuß, sondern auch auf gesetzlich oder statutarisch bestimmten Vorschuß, da § 124 allgemein gegen Verletzung der Normen schützen will, die das betreffende Arbeitsverhältnis beherrschen. Da diese Vorschrift dem Arbeiter wegen der völligen Fristlosigkeit weitergehende Rechte in bezug auf die Lösung des Arbeitsverhältnisses gibt

[1]) Stadthagen a. a. O. S. 112.

[2]) Vgl. Wölbling a. a. O. S. 157 ff. im Anschluß an G. Rümelin a. a. O. S. 64 ff.

als § 326 BGB., so hat er an der Anwendbarkeit des § 326 insofern kein Interesse; daher ist die Frage hier belanglos, ob beide Vorschriften nebeneinander in Betracht kommen[1]).

e) Noch unter zwei weiteren Gesichtspunkten außer dem herangezogenen § 286 BGB. kommt ein Schadensersatzanspruch in Frage.

α) Während § 286 den Schaden betrifft, der durch den Verzug entstanden ist, stellt § 628 Abs. 2 BGB. eine Ersatzpflicht auf für den Schaden, der bei einem Dienstvertrag durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses wegen vertragswidrigen Verhaltens des vorschußpflichtigen Teils erwächst[2]). Da dieser Schaden seinen Schwerpunkt in der Zukunft hat, so ist sein Ersatz neben dem des Verzugsschadens von Bedeutung.

β) Wenn der Vorschußpflichtige durch die Nichtleistung gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. verstößt, so erwächst dem anderen Teile daraus ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung. Welche Vorschriften unter den Begriff des Schutzgesetzes fallen, ist hier nicht zu untersuchen; Sinzheimer rechnet darunter allgemein die Bestimmungen des Arbeiterschutzes, also auch die der Lohnsicherung, z. B. das Aufrechnungsverbot, das der Arbeitgeber verletzen würde, wenn er schuldigen Lohnvorschuß gegen eine Mietforderung aufrechnen wollte.

Diese unter 5a—e beschriebenen Verzugsfolgen können nebeneinander geltend gemacht werden außer den Schadensersatzansprüchen aus Vertrag und aus Delikt, die sich gegenseitig ausschließen, was wegen des Unterschieds der Geltendmachung hinsichtlich der Beweislast, Verjährung, Zuständigkeit und der Passivlegitimation des Angestellten wichtig ist.

6. Endlich dient auch die Klage auf Vorschuß zur Unterstützung des Anspruchs. Das Klagrecht wird zum Teil bestritten.

Es läge nahe, dabei zwischen Vergütungsvorschuß und Auslagenvorschuß zu unterscheiden und zu erwägen: da der Vergütungsvorschuß durch das Interesse des Empfängers veranlaßt werde, müsse dieses Interesse auch durch ein Klagrecht unterstützt werden, und da der Auslagenvorschuß lediglich dem Interesse des Gebers entspringe, habe es keinen Sinn, den Schutz dieses Interesses wider den Willen des Betreffenden durch eine Klage zu erzwingen. Die grundsätzliche Durchführung dieser Unterscheidung ist hier aber nicht möglich. Zwar kann ein Klagrecht beim Vergütungsvorschuß nicht versagt werden, sobald in irgendeiner Weise[3]) ein Anspruch auf ihn begründet worden ist.

[1]) Literatur hierüber bei Sinzheimer a. a. O. S. 50 Anm. 30.

[2]) Vgl. Sinzheimer S. 51 Anm. 32.

[3]) Vgl. oben S. 39 ff.

Denn der Anspruch ist (außer bei natürlichen Verbindlichkeiten) regelmäßig mit dem Klagrecht ausgestattet[1]). Beim Auslagenvorschuß aber wäre es falsch, ihm grundsätzlich die Klagbarkeit abzusprechen, wie noch des näheren[2]) zu zeigen ist.

Eine nahe verwandte Gegenüberstellung wäre die der einseitigen und der gegenseitigen Verträge. Bei diesen steht die Klagbarkeit des Vorschußanspruchs da außer Zweifel, wo durch irgendeine Norm des betreffenden Vertrags, Statuts, Gesetzes, Ortsgebrauchs oder der Arbeitsordnung ein Vorschuß zugesagt ist: hier fordert die vorschußheischende Partei den Vorschuß zur Ermöglichung oder Unterstützung einer Leistung, für die ihr nach dem Vertrage schon eine Gegenleistung zugesichert ist, so daß sie an der Durchführung der Vorschußforderung das größte Interesse hat; hier kann man ihr demnach den Rechtsschutzanspruch nicht versagen.

Bei den einseitigen Verträgen dagegen, unter denen bezüglich der Vorschußfrage der Auftrag das grundlegende Beispiel bietet, könnte man — da es sich hier ja lediglich um Auslagenvorschüsse handelt — wieder einwenden, daß die Leistung, auf die der Vorschuß gegeben werden soll, ihren Rechtsgrund lediglich in der Wahrnehmung des fremden Interesses hat; dieser Grund aber entfalle bei Vorschußverweigerung einfach, der Vorschußforderer könne nicht gegen den Willen der Gegenpartei, der sich in der Verweigerung ausdrücke, mittels Klage auf Vorschuß deren Interesse durchsetzen wollen.

Diese Einteilung ist aber aus verschiedenen Gründen gleichfalls unmöglich. Einmal stehen verschiedene Rechtsverhältnisse, bei denen Vorschußansprüche vorkommen, in dieser Beziehung unter Auftragsgrundsätzen, obwohl sie nicht zu den einseitigen Verträgen gehören (oder überhaupt keinen Vertragscharakter haben), so der Geschäftsbesorgungsdienstvertrag, die Gesellschaft, die Ehe, die Vormundschaft, die Pflegschaft. Ferner bleiben bei ihr eine Reihe von Sonderfällen unberücksichtigt, wie die der §§ 369, 403, 798 BGB. u. a. Endlich aber ist es auch nicht gerechtfertigt, beim Auftrage und den entsprechend zu beurteilenden Rechtsverhältnissen die Klagbarkeit zu verneinen; dies hat folgende Gründe, wobei vom Auftrage ausgegangen werden mag.

§ 669 BGB. gibt dem Beauftragten einen Anspruch auf Vorschuß. Dem privatrechtlichen Anspruch gegen den Schuldner steht regelmäßig ein Rechtsschutzanspruch gegen den Staat zur Seite; wo dieser Schutz dem Anspruch verweigert sein soll, sagt das Gesetz dies ausdrücklich, z. B. durch Gewährung einer Einrede (so in § 222 BGB.)

[1]) Vgl. hier unten.
[2]) S. 60 ff.

oder durch Verneinung einer „Verbindlichkeit" (so in § 762 BGB.). Die Motive[1]) führen dies zutreffend dahin aus — und das BGB. hat darin keine andere Regelung getroffen —: die Klagbarkeit könne dem Anspruch fehlen, aber sie fehle ihm nur, wenn sie ihm abgesprochen ist, die Klagbarkeit der Rechte sei die selbstverständliche Regel. Ebenso betont Oertmann, aus einer Rechtspflicht gewähre das moderne Recht, von ganz besonderen Fällen abgesehen, im Falle der Verletzung (man mag hinzufügen: zum Zwecke ihrer Durchführung gegenüber passivem Widerstand) ohne weiteres das Schutzmittel der Klage.

Der Beauftragte kann also auf Leistung des Vorschusses klagen. Das ist h. M.[2]).

Daß die Vorschußpflicht entfällt, wenn sie mit der Natur des einzelnen Auftrags nicht vereinbar ist[3]), steht dieser Regel nicht entgegen und ist schon oben S. 48 gezeigt.

Zwar ist die Klage auf Vorschuß bei der jederzeitigen Widerruflichkeit[4]) des Auftrags von geringer praktischer Bedeutung, wie allgemein zugegeben wird[5]), doch mit der Natur des Auftrags steht sie darum nicht in Widerspruch, wie manche behaupten[6]). In einzelnen Fällen wird die Vorschußverweigerung nach § 133 BGB. als Widerruf auszulegen sein; eine Vermutung hierfür darf man aber nicht von vornherein aufstellen; vielmehr wird der Auftraggeber sich oft nur gegen die Kosten sperren und den Auftrag kostenlos ausgeführt wissen wollen (der Beauftragte soll sich zu Fuß ins Nachbardorf begeben). Auch ist es nicht zuviel verlangt, wenn man von dem Auftraggeber eine deutliche Erklärung des Widerrufs fordert.

---

[1]) Mot. II S. 357.

[2]) Vgl. zum Beispiel Oertmann, Anm. 3 zu § 669; Planck, Anm. 1 zu § 669; RGKomm. Anm. 3 zu § 669; Enneccerus a. a. O. I 2 § 382; a. A. zum Beispiel Staudinger, Anm. 1 zu § 669 mit Literatur.

[3]) RGKomm. Anm. 3 zu § 669.

[4]) ROHG. 16 S. 379 spricht den Gedanken aus, daß eine Vereinbarung, die den Mandanten verpflichtet, diejenigen Handlungen vorzunehmen, die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, dem Mandate das charakteristische Merkmal der Widerruflichkeit entziehe. Dem ist vom Standpunkt der obigen Ausführungen nicht beizutreten. Es besteht kein Grund, einer vereinbarten Pflicht eine stärkere Wirkung beizulegen (wenn die Vereinbarung nicht gerade ausdrücklich den Ausschluß des Widerrufs betrifft) als der gesetzlichen Vorschußpflicht, die die Widerruflichkeit nicht aufhebt.

[5]) Die Kostenpflicht bei Widerruf des Auftrags nach Klagzustellung, wobei die Klage in der Hauptsache als erledigt zu erklären ist — vgl. zum Beispiel Salinger a. a. O. — kann hier nicht erörtert werden.

[6]) Darunter bes. die Mot. II S. 540 — kaum vereinbar mit den oben zitierten allgemeinen Ausführungen in I S. 357 über die Klagbarkeit von Ansprüchen.

Daß der Beauftragte kein Recht auf die Ausführung des Auftrags hat, wie Staudinger bemerkt, ist richtig, aber solange er mangels Widerrufs die Pflicht zur Ausführung hat[1]), kann man ihm das vom Gesetz für die Regel gegebene Mittel zur Durchführung seines aus der Pflicht entspringenden Anspruchs nicht versagen.

Für die auf eine Geschäftsbesorgung gerichteten Dienst- und Werkverträge des § 675 BGB. erkennen die Gegner die Klagbarkeit des Vorschußanspruchs an[2]): hier bestehe ein Recht auf Besorgung des Geschäfts, und durch § 675 werde § 669 auf solche Verträge nur für entsprechend anwendbar erklärt[3]). Auf dieses „Recht auf Besorgung des Geschäfts" ist indes nicht zu pochen. Es besteht nicht, da ja Kündigung freisteht. Vielmehr besteht nur eine Pflicht zur Bewirkung der versprochenen Leistung; die dem Dienstverpflichteten gewährten Rechte sollen ihm nur die Mittel geben, diesen Verpflichtungen gebührend nachzukommen und bei etwaiger Ablehnung der Leistung sich schadlos zu halten. Ein besonders großes Interesse daran, zur „Besorgung des Geschäfts" zugelassen zu werden, hat der Bühnenkünstler; die Hoffnung, sich an einer bestimmten Bühne einen Namen zu machen, ist oft sein einziger Beweggrund, an diese Bühne zu gehen. Doch auch er kann nicht erzwingen, beschäftigt zu werden, sondern nur kündigen. Also nicht das „Recht auf Besorgung des Geschäfts", sondern die Gesetzesvorschrift in § 675, wo u. a. § 669 für anwendbar erklärt ist, gibt dem zur Besorgung des Geschäfts Verpflichteten den Anspruch; dieser ist klagbar, weil er bei derselben Rechtslage auch beim einfachen Auftrag klagbar ist.

Da oben S. 43 das Bestehen des Vorschußanspruchs auch bei solchen auf eine Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstverträgen festgestellt ist, wo Vergütung und Auslagenersatz in einer Summe verschmolzen sind, so ist auch bei ihnen das Klagrecht anzuerkennen, denn die eben ausgeführten Gründe treffen bei ihnen nicht weniger zu.

In gleicher Weise ist das Klagrecht bei den anderen Rechtsverhältnissen grundsätzlich zu bejahen, die bezüglich des Vorschusses nach Auftragsgrundsätzen zu behandeln sind, so für den geschäftsführenden Gesellschafter und Vereinsvorstand, für die Hausfrau, den Vormund und Pfleger usw.

Dem Rechtsanwalt gibt § 84 RAGebO. und § 38 RAO. zwar einen Anspruch auf angemessenen Vorschuß. Daraus würde an sich

---

[1]) Vgl. Oertmann, Anm. 3 zu § 669.

[2]) Die Ausführungen oben S. 49 f. lehnen sie für den Geschäftsbesorgungswerkvertrag ab — abgesehen von Vereinbarungsfällen.

[3]) So Staudinger, Anm. 1 zu § 669.

auch das Klagrecht folgen[1]). Nach einer Entscheidung des Ehrengerichtshofes für Rechtsanwälte[2]) verstößt die Klage jedoch gegen die Anstandspflicht des Rechtsanwalts, so daß er auf die anderen Mittel, insbesondere Ablehnung oder Kündigung des Auftrags, beschränkt ist.

Ist die Klagbefugnis schon bei einem Teile der oben erörterten Rechtsverhältnisse neben den unter 1—5 beschriebenen Behelfen von sehr geringer praktischer Bedeutung[3]), weil das Rechtsverhältnis meist vor der Entscheidung gelöst sein oder weil der Vorschußanspruch sich in einen Ersatzanspruch für den inzwischen ausgelegten Betrag verwandelt haben wird, so trifft dies nicht weniger zu bei einer Reihe von gesetzlichen Fällen, die ihrem Zwecke nach zu der Gruppe der Auslagenvorschüsse gehören. Die Folgerichtigkeit gebietet, auch bei den §§ 369, 403, 798, 800, 811 das Klagrecht zu bejahen, nachdem der Anspruch gegeben ist; wegen der Gleichheit des Grundes muß dies auch von dem in § 897 zwar nicht ausdrücklich gewährten, aber doch aus ihm zu entnehmenden Vorschußanspruch gelten. So könnte es etwa zur Klage kommen, wenn der die Vorlegung einer Sache Fordernde auf seinem Verlangen, daß die Sache aus einem (auch vom Besitzer anerkannten) wichtigen Grunde an einem anderen Orte als dem der Aufbewahrung vorgelegt werde, beharrt, aber den zur Beförderung notwendigen Vorschuß verweigert, und der Besitzer selbst ein Interesse an der Besichtigung der Sache durch den anderen hat, aber doch keine Aufwendungen dafür machen oder will kann.

VI. Nichterhebung und Nichtannahme.

1. Bei Nichterhebung eines zu verlangenden Vorschusses kommt Verjährung des Anspruchs nicht in Frage.

a) Der Anspruch auf Auslagenvorschuß entsteht immer neu, bis entweder dieser gewährt oder das Verhältnis gelöst wird, oder die Forderung sich in einen Anspruch auf Ersatz der bereits gemachten Aufwendungen verwandelt.

b) Aber auch der Vergütungsvorschuß unterliegt nicht der Verjährung. Mögen bei dem vertraglich oder auf andere Weise festgesetzten Vorschuß auch Zwecke des Vorschußpflichtigen hereinspielen, so dient der Vorschuß und eine Zeitbestimmung für die Fälligkeit doch im wesentlichen den Interessen des Vorschußgläubigers. Macht demnach der vorschußberechtigte Arbeitnehmer von seiner Befugnis,

[1]) Joachim-Walter zu § 84.

[2]) EGH. 7 S. 56.

[3]) Die Hausfrau wird verschiedene andere Wege lieber einschlagen, als den der Klage auf Haushaltungsgeldvorschuß und der Vollstreckung des nach geraumer Zeit errungener Urteils.

Vergütungsbeträge schon zwischen dem für die Fälligkeit des Vorschußanspruchs bestimmten Zeitpunkt und der Fälligkeit des Vergütungsanspruchs zu erheben, keinen Gebrauch, so geht der Vorschußanspruch in den Vergütungsanspruch selbst über. Dieser kann natürlich verjähren (§ 196 BGB.), ist aber wohl zu unterscheiden vom Vorschußanspruch, der in der Befugnis der Vorauserhebung besteht.

c) Nicht anders ist es in den Fällen, wo Auslagenersatz und Vergütung in einer Summe entrichtet werden.

2. Nichtannahme:

a) Ist der Vorschußanspruch fällig, so ist der Vorschußgläubiger schon nach § 266 BGB. nicht gehalten, nur einen Teil des pflichtmäßig zu leistenden Vorschusses anzunehmen.

b) Für das Angebot des ganzen Vorschusses — mag er nun einen Teil der Hauptleistung bilden oder diese ganz erschöpfen — ist zu unterscheiden:

α) Im allgemeinen wird der Vorschuß rein im Interesse des Vorschußgläubigers bedungen, bzw. der nicht festgesetzte Vorschuß rein im Interesse des Vorschußempfängers gegeben. So ist wenigstens der äußerliche Vorgang; der innere Beweggrund für die Bewilligung aber ist hier belanglos. Deshalb besteht nach Lotmar[1]) im Gegensatze zu § 271 BGB. nicht das Recht, einen Vorschuß aufzudrängen: das erfolglose Angebot erzeugt keinen Annahmeverzug und kein Hinterlegungsrecht. Daraus folgt, daß die Vorschußleistung nicht im Sinne des § 387 BGB. bewirkt werden kann[2]), daß also auch außerhalb des Gebiets des Lohnbeschlagnahmegesetzes hier keine Aufrechnungsbefugnis erwächst.

β) Indessen kann bei festgesetztem Vorschuß die Bestimmung einer Zahlungszeit ausnahmsweise in dem Sinne getroffen sein, daß der Vorschußschuldner die Leistung bewirken kann. In diesem Falle kommt der Vorschußgläubiger in Annahmeverzug und erwächst dem Vorschußschuldner das Aufrechnungsrecht, soweit § 394 BGB. nicht entgegensteht.

γ) Ist auch eine Annahmepflicht bei rein wohltätigem Charakter des Vorschusses zu verneinen, so kann die Nichtannahme doch die Folge haben, daß durch sie die Erfüllung der Verpflichtung des Ablehnenden Not leidet, zum Beispiel bei hartnäckigem Weiterarbeiten mit schlechtem Handwerkszeug wegen der späteren Verrechnung des Vorschusses auf die Vergütung. Dann tritt leicht nicht bloß Annahmeverzug, sondern vielmehr Leistungsverzug ein.

[1]) Band I S. 393, 421.

[2]) Vgl. unten S. 72.

B. Die Wirkung der Vorschußleistung.

I. Obligatorische Wirkung.

1. Aus dem Begriffe des Vorschusses als einer Vorausleistung geht hervor, daß durch die Leistung die Schuld, auf die der Vorschuß gegeben wird, in entsprechendem Umfange getilgt wird: § 362 BGB. Sie erlischt also ganz oder (meist) teilweise.

Ist die Schuld zur Zeit der Vorschußleistung noch nicht zur Entstehung gelangt[1]), so ist die Schuldtilgung als durch das Nichtentstehen der Schuld auflösend bedingt anzusehen. Aber der Eigentumsübergang ist als endgültig beabsichtigt: nur ein obligatorischer Rückerstattungsanspruch wird erzeugt.

Der Absicht der Schuldtilgung auf der Seite des Leistenden muß nicht notwendig ein entsprechender Wille des Gläubigers gegenüberstehen, da die Leistung auch an einen Dritten bewirkt werden kann (§ 362 Abs. 2); hierfür kann die Einzahlung auf das Girokonto eines anderen als Beispiel dienen, da die Bank als Empfängerin nicht Gläubigerin des Zahlenden ist[2]).

Ferner kann die Leistung auch Tilgung einer fremden Schuld bedeuten, so die Vorschußleistung des Kommissionärs an den Gegenkontrahenten für den Kommittenten.

Endlich kommt auch Tilgung der Schuld eines Dritten durch einen Vertreter mittels Zahlung an sich selbst in Betracht: § 181 BGB. Dieser Fall liegt zum Beispiel vor, wenn der Arbeitgeber beim Gruppenakkord dem Kolonnenführer den Lohn für die Kolonne ausgehändigt hat, damit dieser als Vertreter des Arbeitgebers den Lohn an die Kolonnenmitglieder und darunter an sich selbst ausbezahlt[3]); so gut wie bei der Lohnzahlung überhaupt ist dies natürlich auch bei der Vorschußleistung möglich.

Wird die Leistung, auf die der Vorschuß gegeben wird, fällig, so findet hinsichtlich der geleisteten Vorschußbeträge — oft als „Abschlagszahlungen", „Anzahlungen" bezeichnet — eine Verrechnung, genauer gesagt, eine Anrechnung statt, d. h. die Feststellung, daß die Schuld schon im Umfange des Vorschußbetrags getilgt ist. Die Anrechnung ist also „die tatsächliche Einbeziehung einer bereits be-

[1]) Vgl. oben S. 6 f. Das zugrunde liegende Rechtsverhältnis dagegen muß schon (und noch) bestehen, vgl. oben S. 8.

[2]) Der Leistende dagegen ist immer — entweder gegenwärtiger oder zukünftiger — Schuldner.

[3]) So die eine Möglichkeit in dem in SozPr. 10 S. 844 mitgeteilten Falle des Gewerbegerichts Berlin.

wirkten Leistung in die schuldige Gesamtleistung“[1]). Das ist kein „Abzug“ von der Forderung, wie er etwa bei der Aufrechnung gegen einen Teil der Forderung vorkommt, sondern höchstens ein *rechnerischer* Abzug, insofern die noch zu bewirkende Leistung die Differenz zwischen der ursprünglichen Schuld und den gezahlten Vorschüssen darstellt. Ebenso ist es keine „Einbehaltung des Lohns“, wie das Gewerbegericht Berlin[2]) sich ausdrückt; auch diese Bezeichnung könnte leicht den Irrtum erwecken, als ob es sich um eine Zurückhaltung verdienten Lohnes handle, was das Gericht selbst nicht meint.

Da in den Normalfällen, wo das Verhältnis sich programmmäßig abwickelt, kein Anspruch auf Rückgabe des Vorschusses, dessen Hingabe ja selbst eine Schuld tilgt, entsteht, muß er auch nicht erst zum Erlöschen kommen durch Leistung in einer dem § 362 BGB. entsprechenden Weise[3]); vielmehr wird durch die vorgesehene Abwicklung des Verhältnisses das Entstehen dieses Anspruchs von vornherein verhindert. Es gibt deshalb während Bestehens des Verhältnisses keine Aufrechnung gegen den (möglicherweise entstehenden) Rückgabeanspruch[4]): der Vorschuß ist lediglich zur Bestreitung von Auslagen des Vorschußempfängers bestimmt, eine andere, aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse hinausfallende Verwendung (Befriedigung für beliebige Forderungen des Beauftragten) würde dem Verhältnis widersprechen. Auch fehlt es an der erforderlichen Gleichartigkeit der Leistungen: der Hingabeschuld steht nicht eine ebensolche gegenüber, nicht etwa die Rückgabepflicht, sondern die Verpflichtung zur Durchführung der vertrags- oder gesetzmäßigen Tätigkeit: Ausführung des Auftrags, Leistung der versprochenen Dienste, Aushändigung der Quittung, Besorgung der erforderlichen Vormundsgeschäfte u. a., also ein Tun. Die Pflicht zur Verwendung des Vorschußbetrags ist hierbei nicht heranzuziehen, denn die Tätigkeit soll nicht begrifflich notwendig mit seiner Verausgabung erfolgen; eine Ausnahme bildet darin der Geldauszahlungsauftrag (z. B. beim Giroverhältnis), aber auch hier besteht nicht eine Geldschuld gegenüber dem Auftraggeber, sondern eine Verpflichtung zum Tun, nämlich zur Aushändigung des Gelds an den Dritten. — Dagegen wenn dem Vorschußempfänger ein *Schadensersatzanspruch* erwächst, so kann er seine Leistung, d. h.

[1]) Sinzheimer a. a. O. S. 43.

[2]) In der genannten Entscheidung SozPr. 10 S. 844.

[3]) Wie Merz a. a. O. S. 99 f. mit Unrecht für das Girokonto ausführt. *Darin* ist ihm natürlich beizustimmen, daß das „Erlöschen“, wenn man ein solches annehmen wollte, nicht erst durch Aufrechnung entstandener Ersatzforderungen des Beauftragten einträte. Vgl. dazu auch unten S. 90 f.

[4]) Übereinstimmend Merz ebenda.

die den Verbrauch des Vorschusses herbeiführende Tätigkeit, zurückbehalten (§ 273 BGB.): da der Vorschuß dem Empfänger eigene Ausgaben so weit wie möglich ersparen oder wenigstens verringern soll, so muß dieser Gesichtspunkt dem Anspruche des Vorschußgebers auf bestimmungsgemäße Verwendung des Vorschusses vorgehen; also kann der Schadensersatz sofort verlangt und demnach der erhaltene Vorschuß zur Befriedigung dieses Anspruchs zurückbehalten werden. Theoretisch ist der nun zu zahlende Betrag Schadensersatz, während der zurückbehaltene Vorschuß seine Eigenschaft behält; der Ersatzberechtigte wird praktisch den erhaltenen Vorschuß als seinen Schadensersatz und den neuen Betrag als neuen Vorschuß betrachten. Ebenso ist es bei ungerechtfertigter Bereicherung des Leistungsgläubigers auf Kosten des Beauftragten oder anderen Leistungsschuldners.

Die Anrechnung ist scharf von der Aufrechnung zu scheiden[1]), durch die die Forderung in Höhe der Gegenforderung getilgt wird; die Aufrechnung ist durch die Lohnschutzbestimmungen in weitem Umfange verboten, während der Anrechnung der schon gezahlten Lohnbeträge nichts im Wege steht[2]). Hierauf ist bei der Besprechung der Lohnsicherung zurückzukommen[3]). Bei den Vorschüssen ist, wie Oertmann zu § 394 richtig bemerkt, im Zweifel Anrechnung gemeint, auch wenn „Aufrechnung" gesagt ist.

2. Da der Vorschuß in das Eigentum des Empfängers fällt[4]), so kommt eine Verwahrungspflicht nicht in Frage, wie schon oben S. 23 bei der Untersuchung des Giroguthabens erwähnt ist. Eine gewisse Treupflicht ist jedoch hinsichtlich des Vorschusses für Aufwendungen anzuerkennen, nämlich die Pflicht, in Höhe des empfangenen Betrags Barmittel bereitzuhalten, um den Obliegenheiten, für die der Vorschuß bestimmt ist, nachkommen zu können[5]). Eine durch Versäumung dieser Pflicht verursachte Unmöglichkeit der Leistung würde Leistungsverzug herbeiführen.

---

[1]) Diese Unterscheidung läßt auch die neueste Gesetzgebung vermissen; so spricht die RVO. in den §§ 223, 955, 1117, 1324, das AVG. in § 94 von „Aufrechnung", während Anrechnung der gezahlten Vorschüsse auf die Renten- und Ruhegeldansprüche gemeint ist. — Die „Anrechnung" des § 115 GewO. ist nicht, wie Sinzheimer a. a. O. S. 43 Anm. 10 meint, ebensogut im Sinne von „Aufrechnung" zu verstehen oder gar (siehe ebenda S. 14) als „Aufrechnung im technischen Sinn des Worts", sondern als wirkliche Anrechnung; vgl. hierüber unten S. 73 f.

[2]) Vgl. auch Neumann JDR. 2, 1 S. 247.

[3]) Siehe unten S. 71 f.

[4]) Vgl. S. 1—9, 70.

[5]) Vgl. oben S. 24 für das Giroverhältnis.

In diesem fiduziarischen Charakter des Auslagenvorschusses[1]) äußert sich in besonderem Maße der Unterschied vom Vergütungsvorschuß, der dem Empfänger grundsätzlich lediglich in seinem Interesse gegeben ist und ihm durchaus frei zur Verfügung steht, während der Auslagenvorschuß, da er dem Interesse des Gebers dient, dem Empfänger nur zur Durchführung seiner besonderen Aufgabe, nicht für seinen allgemeinen Lebensunterhalt, anvertraut ist.

3. Ist der Vorschuß auch wirklich Erfüllung und Tilgung der Schuld, so gibt ihm doch der Umstand, daß er vor deren Fälligkeit gegeben wird, ein besonderes Gepräge. Sein provisorischer Charakter, der besonders beim Vorschuß auf eine noch nicht bestehende Schuld deutlich wird und diesen als bedingte Vorauszahlung kennzeichnet[2]), wird durch die Ungewißheit darüber veranlaßt, ob die Aufwendung notwendig, ob die Gegenleistung bewirkt werden wird. Daher ist immer — mehr oder weniger — mit der Möglichkeit zu rechnen, daß sich die Endgültigkeit der Leistung nicht verwirklicht und daß der anormale Verlauf eintritt, nämlich die Notwendigkeit der Rückerstattung. Auf diese selbst ist später (im 3. Teil) des näheren einzugehen; hier handelt es sich darum, darauf hinzuweisen, daß sich das Vorschußverhältnis in der Schwebe befindet, solange es nicht durch die beabsichtigte Entwicklung des Grundverhältnisses seinen Abschluß gefunden hat. Bis zu diesem Zeitpunkte muß der Vorschußempfänger die etwaige Notwendigkeit der Rückerstattung im Auge behalten, will er nicht die Gefahr verschärfter Verantwortung im Falle der Unmöglichkeit der Rückerstattung tragen[3]).

4. Wie das BGB. (§ 608) für das Darlehen zunächst Zinslosigkeit vorsieht und diese bei kleinen Beträgen auch tatsächlich die Regel bildet, so entspricht es auch dem wirtschaftlichen Wesen des Vorschusses, daß für seine Bewilligung[4]) keine Zinsen fällig werden. Auch bei ihm, und zwar bei Vergütungsvorschuß wie bei Auslagenvorschuß, handelt es sich unter Nichtkaufleuten meistens um kurze Dauer des Verhältnisses und um unbedeutende Beträge: der Vorschuß für die Ausstellung und Übersendung einer nach den §§ 369, 403, 798, 800 BGB. gewünschten Urkunde, die „Anzahlung" des „möblierten Herrn" auf den Mietzins, der Gagenvorschuß der jugendlichen Liebhaberin lohnt nicht der Verzinsung.

---

[1]) Vgl. oben S. 6.

[2]) Vgl. oben S. 6 f.

[3]) Vgl. unten S. 79 f., auch unter dem Gesichtspunkt des § 820 BGB.

[4]) Im Gegensatze zu der Zinspflicht bei der Rückerstattung, vgl. unten S. 82 f.

Beim Auslagenvorschuß kann von einer Zinspflicht ferner schon deswegen nicht die Rede sein, weil er gar nicht zum eigenen Vorteil des Empfängers verwendet werden darf. Geschieht dies dennoch, so tritt allerdings die Zinspflicht ein (vgl. z. B. BGB. §§ 668, 1834, HGB. § 111), aber sie gründet sich dann auf die Rückgabeschuld.

Mit dieser wirtschaftlichen Betrachtung stimmt hinsichtlich unverzinslicher und betagter Verbindlichkeiten die rechtliche Regelung überein: § 272 BGB. versagt den Anspruch auf Zwischenzinsen für die vorzeitige Erfüllung einer unverzinslichen Schuld und ebenso § 813 Abs. 2 bei einer betagten Verbindlichkeit, in der Erwägung, daß der Empfänger durch diese nicht bereichert ist, da er seinen Anspruch auf die Leistung in entsprechendem Umfange eingebüßt hat[1]). — Von § 272 werden aber nicht die verzinslichen und von § 813 Abs. 2 nicht die bedingten oder sonst ungewissen Ansprüche betroffen. Hieraus wäre also an sich durch argumentum e contrario ein Anspruch auf Zwischenzinsen zu folgern. Es wird aber in den allermeisten Fällen die Parteiabsicht dahin gehen, daß Zinsen nicht berechnet werden sollen. Selbst aus dem Umstande, daß der Verkäufer einer Sache aller Voraussicht nach den aus § 452 BGB. erwachsenden Zinsanspruch erheben wird, ist eine Befugnis des Käufers zum Abzuge des Zwischenzinses noch nicht mit Sicherheit zu schließen. Der Parteiwille muß in jedem einzelnen Falle besonders geprüft werden.

Ist der Vorschußgeber Kaufmann, so gibt ihm § 354 Abs. 2 HGB. für geleistete Vorschüsse einen Zinsanspruch[2]). Sind beide Teile Kaufleute, so folgt dieser bei beiderseitigen Handelsgeschäften schon aus § 353 HGB. In kaufmännischen Verhältnissen kommen auch mehr Fälle in Betracht, wo bei großer finanzieller Bedeutung des Grundverhältnisses ein ins Gewicht fallender Zinsanspruch erwachsen kann, zum Beispiel bei umfangreichen Bestellungen; auch gewinnt die Zinsforderung durch Einstellung in eine laufende Rechnung nach § 355 HGB. infolge Vereinigung mit anderen Ansprüchen an Bedeutung. Wo indes nur Vorschüsse des Prinzipals an den Kommis auf sein Gehalt, an den Reisenden auf seine Reisespesen in Frage stehen, da ist wiederum stillschweigender vertraglicher Ausschluß des Zinsanspruchs als Parteiabsicht anzunehmen, soweit keine besonderen Umstände hiergegen sprechen[3]).

[1]) Vgl. Mot. II S. 835.

[2]) Über diesen siehe oben S. 29 f. — § 354 berücksichtigt zur Ergänzung von § 353 die Fälle, wo nicht auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft vorliegt; Beispiele siehe oben S. 20.

[3]) Hinsichtlich der Nichtverzinsung ist demnach Düringer-Hachenburg zu § 354 — siehe oben S. 28 f. — im Ergebnis zuzustimmen, nur beeinflußt dieses nicht den Begriff des Vorschusses, vielmehr ist es im Einzelfalle Sache der Parteiabsicht.

5. Eine Verpflichtung zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache trifft den Vorschußgeber bei gegenseitigen Verträgen nach § 493 BGB., wenn der Vorschuß nicht in Bargeld, sondern in Sachgütern geleistet worden ist, also besonders bei Naturallohnvorschuß [1]), denn es handelt sich hier um Veräußerung dieser Sachen gegen den in Arbeit bestehenden Entgelt.

II. Dingliche Wirkung.

Der Eigentumsübergang [2]) vollzieht sich nach den §§ 929 ff. BGB., setzt also eine Einigung über den Eigentumsübergang sowie Übergabe oder Übergabeersatz voraus. Der § 948 BGB. kommt für Geld nicht zur Anwendnng, weil er eine abgegrenzte Menge voraussetzt, zu der das Geld käme [3]). Da der Eigentumsübergang ein Begriffsmerkmal des Vorschusses ist, so läßt sich sagen, daß die Parteien bei der Übergabe auch dann als über ihn einig zu erachten sind, wenn dieser Wille aus keinen sonstigen Umständen zu entnehmen ist. Und umgekehrt läßt sich bei den einen Vorschuß veranlassenden Rechtsverhältnissen aus der Einigung über den Übergang, mag sie nun ausdrücklich erfolgen oder aus schlüssigen Handlungen zu ersehen sein, auch auf die Absicht schließen, ein wirkliches Vorschußverhältnis zu begründen — nicht ein Darlehen, weil die Rückerstattung nur für den Notfall vorgesehen ist, nicht ein Depositum außerdem wegen des Eigentumsübergangs.

In den Fällen, wo der Vorschußfordernde mit anderen zusammen die Vermögensmasse in Händen hat, aus der der Vorschuß zu entnehmen ist, zum Beispiel bei gemeinschaftlicher Führung der Gesellschaftsgeschäfte (§ 709 BGB.) oder der Vormundschaft (§ 1797), ist der dingliche Vertrag des Geschäftsführers und Mitvormunds als Mitvertreters der Gesellschaft bzw. des Mündels mit sich selbst als dem Vorschußempfänger nach § 181 wirksam, da es sich immer um Erfüllung eines Vorschußanspruchs handelt.

Sind andere Gegenstände als Geld zu fordern, so ist zu unterscheiden. Sind diese Gegenstände als solche zu irgendeinem Zwecke zu verwenden, zum Beispiel Hafer aus dem Magazin zum Füttern der Pferde, so handelt es sich gar nicht um einen Vorschuß; diese Gegenstände bleiben also in dem Vermögen, bis die Leistung bewirkt wird [4]) und gehen gar nicht in das Eigentum des Geschäfts-

[1]) Vgl. oben S. 11.
[2]) Vgl. oben S. 9.
[3]) Vgl. Mot. III S. 360.
[4]) Vgl. Opet-Blume, Anm. 4 zu § 1835.

führers oder Vormunds über. Vertreten sie aber nur die Stelle von Geld (wie die aus einem an Barmitteln armen Mündelvermögen entnommenen Gegenstände) und sind sie deshalb zunächst in solches umzusetzen[1]), so fallen sie mit ihrer Entnahme als echter Vorschuß in das Eigentum des vorschußerhebenden Vermögensverwalters.

III. Lohnsicherung.

Soweit es sich um Vergütung für Arbeitsleistung handelt, stehen auch die darauf geleisteten Vorschüsse, da sie ja selbst Lohnzahlung sind, unter den Vorschriften, die der Lohnsicherung dienen.

Die Bestimmungen hierüber greifen sowohl in das Verhältnis des Lohngläubigers zum Arbeitgeber wie in das zu Dritten ein, die am Lohnverhältnis nicht beteiligt sind. Vor Dritten ist der Lohnvorschuß auch dann geschützt, wenn er rein freiwillig[2]) gewährt wird.

Eine Aufzählung und Erörterung der dabei in Betracht kommenden Bestimmungen des BGB., der GewO., der ZPO., des LohnBG., der KO. und des ZVG. ist nicht Sache dieser Untersuchung, da sich für die auf solche Bezüge gegebenen Vorschüsse dabei keine Besonderheiten gegenüber der Endleistung ergeben. Hier muß nur folgendes bemerkt werden.

Die Hingabe von Bons, Marken oder Anweisungen als Lohnvorschuß ist Leistung an Erfüllungs Statt und widerspricht daher dem Barzahlungsgebot des § 115 Abs. 1 GewO. Wenn jedoch solche Bons usw. auf den Arbeitgeber selbst, nicht auf einen Dritten, lauten und die dafür zu gewährenden Waren vor Fälligkeit des Lohns abgehoben werden, richtet sich die Zulässigkeit dieses Verfahrens nach § 115 Abs. 2 Satz 2, da die Bons usw. dann infolge der Einlösung belanglos geworden und durch den Naturalvorschuß ersetzt sind.

Schon oben (S. 65 f.) ist gesagt, daß bei Fälligkeit des Lohns die geleisteten Vorschüsse zur Anrechnung kommen. Am Lohntage erfolgt also die Feststellung, daß die geleistete Arbeit ganz oder teilweise im voraus bezahlt[3]), oder daß — bei Vorschußzahlung auf einen im ganzen Umfange erst zu erarbeitenden Lohn — die Forderung gar nicht entstanden ist. Ein besonders wichtiger Fall der Anrechnung ist die oben Seite 27 beschriebene Berechnung des Akkordüberschusses nach Leistung periodischer Vorschüsse. Die Zulässigkeit der Anrechnung ergibt sich daraus, daß das Barzahlungsgebot nicht eingreifen kann, wo es an einem schuldigen Lohne fehlt. Da die Verabredung über die An-

[1]) Vgl. oben S. 10.
[2]) In dem oben S. 39 f. bezeichneten Sinne.
[3]) Vgl. Metzges in DJZ. 1902 S. 47.

rechnung nicht dem § 115 zuwiderläuft, unterliegt sie auch nicht nach § 117 der Nichtigkeit. Ebensowenig verletzt oder umgeht sie das Aufrechnungsverbot des § 394 BGB. in Verbindung mit dem LohnBG., da — wie gesagt — gar keine Aufrechnung vorliegt[1]).

Hier ist die oben (S. 22) zurückgestellte Frage zu erledigen, ob die zwischen einem Prinzipal und seinem Handlungsgehilfen geschlossene Abrede rechtswirksam ist, das gewährte Urlaubsgehalt bei vorzeitigem Austritt des Angestellten von seinem dann fälligen Gehalt abgezogen werden solle. Die Abrede wird vom Kaufmannsgericht München[2]) wegen § 67 HGB. bekämpft[3]), ist aber in Wirklichkeit wegen des freiwilligen und wohltätigen Charakters des Urlaubsgehalts weder unsittlich noch unbillig; nur im Rahmen des LohnBG. ist sie als eine Verfügung über den künftigen Lohn im Sinne des § 2 Abs. 2 LohnBG. unwirksam. Die sich auf die Vertragsfreiheit gründende Vereinbarung, das Urlaubsgehalt bei vorzeitigem Austritt als Gehaltsvorschuß anzusehen (um einfache Anrechnung eintreten lassen zu können), wird bei der betonten Freiwilligkeit der Urlaubs- oder Urlaubsgehaltsgewährung nicht als eine unwirksame Umgehung des LohnBG. zu erachten sein. — Die Einräumung eines Rückforderungsrechts bezüglich dieses Gehaltsbetrags fällt überhaupt nicht unter das LBG. und ist daher gültig[4]).

Für die Aufrechnung aber ist noch eine Schranke aufzurichten, die über den Bereich des LohnBG. hinausgeht. Dem Arbeitgeber ist nämlich die Aufrechnung gegen die Forderung einer Vorschußzahlung nicht bloß durch § 394 BGB. mit dem LohnBG. unterbunden, sondern noch aus einem anderen Grunde: weil (und soweit) die Vorschußzahlung ausschließlich im Interesse des Vorschußgläubigers festgesetzt ist, kann der Arbeitgeber sie dem Arbeitnehmer nicht aufdrängen mit der Folge des Gläubigerverzugs[5]); deshalb ist ihm die Aufrechnung nicht nach § 387 BGB. gestattet, weil er die ihm obliegende Leistung nicht „bewirken kann". Dieser Grund ist wichtig, weil er die Aufrechnung in Fällen verbietet, wo das Aufrechnungsverbot des § 394 allenfalls nicht eingreift. Groß ist allerdings der Unterschied nicht, weil der soziale Gedanke, auf Grund dessen die Nichtaufdrängbarkeit

[1]) Landmann § 115 Anm. 2 i mit Literatur; Lotmar, Band I S. 403; Oertmann, Anm. 4 f zu § 394; Metzges, a. a. O.; Oertel, a. a. O. S. 611; Sinzheimer, a. a. O. S. 44 mit Literatur.

[2]) In GewKfmG. 16 S. 271.

[3]) Ebenso von Düringer-Hachenburg Anm. 4 zu § 67 in Übereinstimmung mit dem KfmGer. Berlin in DJZ. 1907 S. 488.

[4]) KfmGer. Hannover in GewKfmG. 16 S. 438.

[5]) Vgl. oben S. 64.

der Vorschußleistung zu behaupten ist, in nicht viel mehr Fällen praktische Bedeutung haben wird, als der Umfang des LohnBG. reicht. Auch ist diese Schranke dispositiv[1]), weil sie nicht in den Kreis des sozialen Schutzzwecks fällt. Ist die Bestimmung einer Zeit also ausnahmsweise in dem Sinne getroffen, daß der Schulder zu dieser Zeit die Leistung „bewirken kann", so steht ihm auch die Aufrechnung frei.

Die Verrechnung, die zwischen Kommissionär und Kommittent über Kaufpreis, Provision, Auslagen, Vorschüsse und Darlehen stattfindet, ist Anrechnung bezüglich der Vorschüsse, da diese oben S. 30 als Vorausleistungen auf fremde Verbindlichkeiten gekennzeichnet sind; dagegen handelt es sich um Aufrechnung bezüglich Provision, Auslagen und Darlehen.

Ein Fall der Anrechnung, der allgemein als Aufrechnung behandelt wird, bedarf hier der Klarstellung, nämlich die Naturallohnvorschüsse, die durch die Ausnahmebestimmung des § 115 Abs. 2 Satz 2 GewO. erlaubt werden[2]) und nach dem Ausdruck des Gesetzes bei der Lohnzahlung zur „Anrechnung" kommen dürfen. Das Gesetz hat dabei nicht ein Darlehen im Sinne des § 607 BGB. im Auge: es bezweckt nicht Zurückerstattung in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge. Vielmehr soll es sich nach Lotmar[3]) um Übereignung von Waren zur Begründung einer Geldforderung für den Arbeitgeber handeln. Für diese Geldforderung sei dann bei der Lohnzahlung Aufrechnung gegen die Lohnforderung zulässig, denn was die GewO. hier „Anrechnung" nenne, sei „Aufrechnung" im Sinne des BGB. — Übereinstimmend damit spricht Landmann[4]) davon, der Arbeitgeber dürfe „im Wege der Aufrechnung auf seine Lohnschuld sich für die kreditierten Waren bezahlt machen". Wie sich aus der Streitfrage über das Verhältnis der vorliegenden Gesetzesstelle zu § 394 BGB. ergibt, ist diese Auffassung als „Aufrechnung" durchaus verbreitet. Sinzheimer spricht zwar a. a. O. S. 44 von Anrechenbarkeit der Schuldnerleistung auch bei der gemäß § 115 Abs. 2 zulässigen Leistung an Erfüllungs Statt, meint aber zugleich (S. 43 Anm. 20), die „Anrechnung" sei bei der schwachen Scheidung der Begriffe im Gesetz sowohl im Sinne von Anrechnung wie im Sinne von Aufrechnung zu verstehen, und verweist dabei auf seine S. 14, wo er den Sinn des Ausdrucks dahin „klarstellt": „Anrechnung bedeutet in diesem Zusammenhang nicht nur die tatsächliche Einbeziehung einer bereits be-

[1]) Lotmar, Band I S. 423.
[2]) Vgl. oben S. 11.
[3]) Band I S. 415.
[4]) Anm. 4 zu § 115.

wirkten Leistung, sondern zugleich auch Tilgung der Lohnforderung durch die aus dem Warenkreditgeschäft entstandene Gegenforderung des Arbeitsherrn, also Aufrechnung im technischen Sinn des Worts." Das wäre also Anrechnung und Aufrechnung in einem Vorgang. Die Warenkreditierung erzeugt aber in Wahrheit nicht eine Gegenforderung des Arbeitsherrn, sondern ist einfach eine durch Ausnahmevorschrift zugelassene Lohnform, die ebenso wie jede andere Lohnform nur eben die Lohnforderung des Arbeiters zum Erlöschen bringt. Bei Lohnvorschüssen kann es sich ja gar nicht um Aufrechnung, sondern lediglich um Anrechnung [1]), also hier um die Feststellung handeln, daß die Lohnforderung des Arbeiters im Umfange der zulässigen Warenkreditierung schon vorschußweise getilgt ist. Das bedeutet Anrechnung des in Naturalien gegebenen Lohnvorschusses auf den Gesamtlohn.

Bei dieser Auffassung verliert der Streit über den Einfluß des § 394 BGB. auf die §§ 115, 118 GewO. seine Bedeutung.

§ 118 GewO. widerlegt die hier vertretene Ansicht nicht. Einmal darf aus der Ausdrucksweise der GewO. nur höchst vorsichtig auf den gewollten Sinn geschlossen werden. Ferner aber läßt sich der Inhalt der Vorschrift gut in Übereinstimmung mit dieser Ansicht auslegen:

1. Der Wert der unzulässig kreditierten Waren darf nicht angerechnet werden.

2. Wenn das Arbeitsverhältnis vorzeitig endet, ehe die Anrechnung vollzogen ist, so hat der Arbeitgeber nach den §§ 323 ff., 812 ff. BGB. aus einer gemäß dem § 115 GewO. erfolgten Warenlieferung gegen den Arbeiter eine Geldforderung; diese darf bei irgendwelcher Verletzung des § 115 weder eingeklagt noch sonst geltend gemacht werden.

Diese Auslegung ist weiter als die von Sinzheimer S. 12 vertretene, die nur den Anspruch auf Rückgabe der Waren oder Herausgabe der entsprechenden Bereicherung im Auge hat, einen Schadensersatz wegen Nichterfüllung dagegen nicht in Betracht zieht. Von der Ansicht Landmanns zu § 118 dagegen unterscheidet sie sich grundsätzlich durch die Ablehnung der Entstehung einer Geldforderung für die kreditierten Waren.

Eine Sicherung von Forderungen durch gesetzlich bestimmte Unwirksamkeit der Übertragung, Pfändung und Verpfändung begegnet z. B. auch in der RVO. § 119 mit §§ 621, 955, 1117, 1325 und in dem AVG. § 93 mit §§ 371, 379, 389. Diese Unwirksamkeit erstreckt sich aber nicht auf Vorschüsse, die der Berechtigte vom Versicherungsträger oder näher bezeichneten Dritten auf die Versicherungsleistungen erhalten hat.

[1]) Vgl. oben S. 65 ff.

IV. Sonderstellung der Vorschußleistung gegenüber der Hauptleistung.

Obwohl der Vorschuß sich als Vorausleistung auf die Erfüllung einer Verbindlichkeit begrifflich nicht von der Hauptleistung unterscheidet, nimmt er doch in gewissen Fällen eine Sonderstellung ein mit der Folge, daß besondere Verpflichtungen und andere Folgen sich nur an die Hauptleistung knüpfen.

Bei der Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung verfügt § 1434 RVO., daß hinsichtlich der Zeit des Einklebens der Wochenmarken in die Quittungskarte, das im allgemeinen (§§ 1428, 1429 f.) bei der Lohnzahlung geschehen soll, für den Abzug der Beitragshälfte (§ 1432 f.) vom Lohne „Abschlagszahlungen" nicht als Lohnzahlungen gelten sollen. Hierunter sind aber auch (periodische und sonstige) Vorschußzahlungen zu verstehen. Denn einmal wird für Vorschüsse auch sonst öfters der Ausdruck „Abschlagszahlungen" gebraucht[1]); ferner trifft der Zweck, Perioden von einiger Dauer für das Klebegeschäft zu gestatten, auch gegenüber den Vorschußzahlungen zu; endlich ist für die Höhe der rechnerischen Gesamtleistung (Verdienst ohne Abzug der geleisteten Vorschüsse, also bei Akkord der ganze Akkordpreis) oft eine umständliche Berechnung nötig, die es wegen der Bestimmung der Lohnklasse (§ 1246) verbietet, vor Feststellung jenes Gesamtlohns Marken einzukleben.

Für die Krankenversicherung findet sich eine solche Bestimmung wenigstens hinsichtlich der „Abschlagszahlungen" an Dienstboten (§ 395 Abs. 3 RVO.). Auch hier kann ihre Geltung für Vorschußzahlungen ohne Bedenken angenommen werden. Für andere Arbeitnehmer könnte durch argumentum e contrario die Unanwendbarkeit gefolgert werden. Da aber die Feststellung des Grundlohns (§ 180) vor Berechnung des Gesamtlohns nicht möglich ist, so können auch hier — mindestens bei den periodischen Vorschüssen auf den Akkordpreis — Vorschußzahlungen nicht als Lohnzahlungen in dem fraglichen Sinne gelten.

Nimmt man mit Landmann[2]) an, daß bei Verabredung für den Fall der Verfehlung gegen die Arbeitsordnung, Vergeudung oder

---

[1]) Vgl. oben S. 13.

[2]) Anm. 5c zu § 117, ebenso Metzges in DJZ. 1902 S. 47, gegen diesen vgl. Sigel in GewKfmG. 7 S. 195 und Sinzheimer a. a. O. S. 83, der allerdings die Einrede des nicht erfüllten Vertrags im übrigen auch ohne besondere Verabredung „im Zweifel" zuläßt. Das Gewerbegericht Offenbach in GewKfmG. 8 S. 25 spricht mit Rücksicht auf § 242 BGB. den Lohn dem Arbeiter ab, der durch Fahrlässigkeit die Arbeit verdorben hat, und gibt ihm den Lohnanspruch nur in dem Maße, das der geleisteten Arbeit entspreche.

Verderbens von Material u. dgl. die Lohnforderung nur in der nach Verabredung sich richtenden Beschränkung entsteht, so ist die Vorausberechnung des Lohns vor Vollendung der Arbeitsleistung im Falle solcher Vereinbarung gleichfalls unmöglich und die Sonderstellung der Vorschußzahlung anzuerkennen.

Wenn nun aber Lotmar[1]) von der Vorschuß- und Abschlagszahlung meint, die Ausdrucksweise der GewO. in den §§ 115a und 119a deute „auf eine gewisse Inferiorität dieser zwischenzeitlichen, vorzeitigen, partiellen Zahlung, da sie von der Lohnzahlung unterschieden wird", so ist — auch abgesehen von dem leichten Gewicht der Ausdrucksweise, deren sich die GewO. jeweils bedient — eine Verschiedenheit der rechtlichen Bedeutung und Wirkung der Vorschußzahlung (von der hier allein die Rede ist) gegenüber der Endhauptleistung deswegen nur in bestimmten, gesetzlich vorgesehenen oder sonst zwingenden Ausnahmen zu behaupten, weil sie — wie mehrfach betont — begrifflich selbst Hauptleistung ist.

V. Konkurs des Vorschußgebers.

Die Übereignung der als Vorschuß gegebenen Summe oder Sache ist eine das Vermögen des Vorschußgebers vermindernde Leistung, also eine Rechtshandlung im Sinne des § 29 KO. Soweit sie vor Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen ist, unterliegt sie demnach der Konkursanfechtung nach Maßgabe der §§ 30 ff. KO.

Bei Vorliegen der in den §§ 2 ff. des Anfechtungsgesetzes aufgestellten Voraussetzungen kann auch die Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens eintreten. In den im folgenden zu erwähnenden Beziehungen ist die Rechtslage dieselbe wie im Falle des Konkurses; deshalb soll hier nur für diesen auf einige Gesichtspunkte hingewiesen werden, die sich aus dem besonderen Wesen des Vorschusses ergeben.

Die Vorschußleistung bedeutet für den Empfänger Befriedigung seines Anspruchs auf Vorschuß — mag dieser sich auf Entgelt oder auf bevorstehende Aufwendungen beziehen. Im zweiten Falle könnte man auch von antizipierter Befriedigung des auf § 670 BGB. beruhenden Ersatzanspruchs reden, doch wäre diese Auffassung ein unnötiger Umweg, da ja der Anspruch auf Vorausleistung dieses Ersatzes zu dem selbständigen Anspruch auf Vorschuß erhoben ist.

Aus dieser Tatsache der Befriedigung ergibt sich gegenüber dem Empfänger die Anfechtbarkeit der Vorschußleistung je nach der Sachlage gemäß Ziff. 1 oder 2 des § 30 KO. Sobald aber bei der Über-

[1]) Band I S. 393 ff.

gabe kein Eigentumsübergang und demnach kein Vorschuß anzunehmen ist, kommt eine Anfechtung gegenüber diesem Empfänger nicht in Frage. Als Beispiel diene der Fall, der der Entscheidung des RG. in Band 35 S. 26 ff. zugrunde liegt. Der Gemeinschuldner hatte auf den Beklagten Wechsel gezogen, der Beklagte sie auf Ersuchen akzeptiert, so daß ein Mandatsverhältnis zwischen beiden eintrat [1]). Hat nun der Gemeinschuldner das zur Einlösung nötige Geld dem Akzeptanten geschickt, ehe dieser die Wechsel einlöste, so hängt die Frage der Anfechtbarkeit und der Passivlegitimation davon ab, ob die Summe als Vorschuß gedacht war. Dies ist anzunehmen, da es das naturgemäße Verfahren ist, daß der Absender die Summe mit Rücksicht auf das bevorstehende Geldbedürfnis des Akzeptanten als Vorschuß in dessen Eigentum fließen lassen und der Empfänger sie in diesem Sinne erwerben wollte. Er hat somit nach § 929 BGB. an dem Gelde Eigentum erlangt und nach § 362 Befriedigung für seinen Vorschußanspruch erhalten. Daraus folgt bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen die Anfechtbarkeit der Vorschußleistung gegenüber dem Akzeptanten: § 30 Ziff. 1 KO.

Geht jedoch aus den besonderen Umständen hervor, daß der Absender das Geld in dem Sinne schickte, daß er Eigentümer bleiben und Einlösung der Wechsel eben mit diesem *seinem* Gelde bewirkt wissen wollte, so hat der Akzeptant keinen Vorschuß erhalten, sondern den Zahlungsauftrag einfach mit den Mitteln des Auftraggebers ausgeführt. Dann aber kommt Anfechtbarkeit gegenüber dem Wechselgläubiger in Betracht, dem das Geld bei der Einlösung der Wechsel im Namen des Gemeinschuldners zugeflossen ist.

Im Gegensatz zu dieser Unterscheidung gibt das zitierte RG.-Urteil nur die Anfechtung gegenüber dem *Wechselgläubiger* zu und verneint, obwohl es Vorschuß annimmt, die Tatsache der Befriedigung des Akzeptanten (er habe „nicht Befriedigung wegen einer Forderung erhalten, sondern Vorschuß"), indem es davon ausgeht, die Einlösung der Wechsel sei mit Mitteln des Gemeinschuldners geschehen. Das RG. beachtet dabei weder die Frage des Eigentumsübergangs noch die Wirkung der Vorschußleistung. Nur für *den* Fall erkennt es — übrigens mit Recht — die Anfechtbarkeit gegenüber dem *Akzeptanten* an, wenn dieser das Geld *nach* Einlösung der Wechsel erhalten hätte, also als Befriedigung seines Anspruchs auf Ersatz der schon gemachten Aufwendungen (§ 370!).

Beim Eintreten eines Dritten für fremde Schuld (des Gemeinschuldners) kann der Fall eintreten, daß die Anfechtungsklage nicht

[1]) Vgl. oben S. 51 mit Anm. 5.

auf eine Geldsumme, sondern auf Befreiung der Konkursmasse von einer Verbindlichkeit geht. Im Falle der Anweisung auf Kredit verringert die Vorschußleistung, die der Angewiesene durch seine Zahlung an den Anweisungsempfänger dem Anweisenden gewährt[1]), nicht das Aktivvermögen des Anweisenden, sondern erzeugt einen Anspruch des Zahlenden gegen den Anweisenden auf Erstattung der Summe, vermehrt also den Passivbestand. Hat nun der Anweisende vor der Anweisung seine Zahlungen eingestellt, so ist die Folge der Zahlung nicht eine Verringerung der Aktivmasse, sondern eine Erhöhung der Passivmasse, nämlich um den Betrag des Erstattungsanspruchs. Wenn nun die Konkursmasse von der Wirkung der Zahlung geheilt werden soll, so muß die Anfechtungsklage gegen den Empfänger der Leistung auf Befreiung der Masse von jener Ersatzforderung gehen[2]).

C. Rückerstattung des Vorschusses.

I. Rechtsgrund und Höhe des Anspruchs.

1. Es braucht hier nicht mehr des näheren ausgeführt zu werden, daß die Entstehung des Rückgabeanspruchs im allgemeinen die anormale Gestaltung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses bildet. Der Vorschuß soll ja eine schuldtilgende, also endgültige Leistung sein. Die Entstehung der Forderung auf Rückgabe wird durch die vorgesehene Abwicklung des Rechtsverhältnisses verhindert[3]), so durch Leistung der versprochenen Dienste, durch Verausgabung des Vorschußbetrags bei der Auftragsausführung usw.

In zwei wichtigen Fällen aber ist die Entstehung der Rückgabepflicht mit der normalen Gestaltung des Verhältnisses durchaus vereinbar. Einmal ist sie — wie schon oben S. 18 f. erwähnt — bei besonderer Vereinbarung auch schon vor der Entscheidung über die normale oder anormale Abwicklung des Geschäfts möglich. Besonders aber bei Auslagenvorschuß ist sie trotz durchaus programmmäßiger Gestaltung des Verhältnisses naheliegend: wenn nämlich die gewünschten Zwecke mit Aufwendungen erreicht werden, die den Vorschußbetrag nicht erschöpfen. Dann ist sein Zweck, dem Empfänger eigene Ausgaben zu ersparen und einer Ersatzforderung vorzubeugen, für den Rest hinfällig geworden: der fiduziarische Charakter des Auslagenvorschusses tritt hervor. Der nicht verbrauchte Vorschuß verfällt nach § 667 BGB der Rückgabepflicht; das ungerechtfertigterweise

[1]) Vgl. oben S. 32.
[2]) Vgl. RG. 48 S. 148.
[3]) Vgl. oben S. 66.

für sich selbst Verbrauchte wie das durch seine Schuld Abhandengekommene hat der Empfänger zu ersetzen.

Die Fälle, in denen die Frage nicht vorgesehener Rückerstattung Bedeutung erlangt, sind besonders: Kündigung, Rücktritt, Veränderungen in der Person der Beteiligten (Geschäftsunfähigkeit, Konkurs, Tod), Änderung anderer tatsächlicher Verhältnisse, Zeitablauf, Anfechtung, positive Vertragsverletzung (Vertragsbruch), Leistungsunmöglichkeit, Nichtzumutbarkeit, Zweckerreichung, Interessenfortfall, concursus duarum causarum, Mitwirkungs- und Annahmeunmöglichkeit und -erschwerung[1]). Der hingegebene Vorschuß ist eben eine der Leistungen, über deren Schicksal in diesen Fällen entschieden werden muß. Daher sind diese Fragen hier nicht in allgemeiner Weise zu erörtern[2]); nur einige besondere Punkte sind daraus hervorzuheben.

Daß der Rückerstattungsanspruch keine vindicatio, sondern eine condictio ist, geht aus dem Eigentumsübergang hervor. Daß ferner zum (positiven und negativen) Schadensersatz wie zu dem in den Fällen des Rücktritts Zurückzugewährenden die Rückerstattung des Vorschusses gehört, bedarf keiner Ausführung. Wegen des provisorischen Charakters des Vorschusses[3]) wird es übrigens nicht unbillig sein, die Vertretungs- und Sorgfaltspflicht, wo sie auf dem Vorschußempfänger lastet, etwas schärfer zu beurteilen als bei anderen Leistungen, denn der Empfänger hat den Vorschuß eben zur Erleichterung seiner Leistung bekommen; doch wird diese Verschärfung der Verantwortung je nach den Klassen der Gefahr[4]) verschieden zu bemessen sein.

2. Wo die Rückgabepflicht sich nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung bestimmt, wird ihr oft § 818 Abs. 3 BGB. zum Ausweg dienen. Die objektive Ungewißheit des Erfolgseintritts, die der Vorschußleistung in besonderem Maße anhaftet, wird sich bei ihr um so leichter zu dem Grade steigern, daß der Erfolgseintritt von vornherein von den Parteien nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts als ungewiß, oder daß der Wegfall des für die

---

[1]) Über die Besonderheit der letztgenannten Probleme vgl. Eckstein a. a. O.

[2]) Vgl. die Lehrbücher und Kommentare; an Einzelschriften z. B. Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht, Leipzig 1900; Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, Jena 1900; Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, im Archiv für zivilistische Praxis Band 101 (1907); derselbe, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, 1. und 2. Beitrag, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 57 (1910) S. 1 ff. und Band 59 (1911) S. 20 ff., 233 ff.

[3]) Vgl. oben S. 7, 68.

[4]) Zum Beispiel der Arbeitskraft, der Person des Arbeiters, des hergestellten Werks usw., vgl. hierüber Rümelin a. a. O. S. 64 ff., Wölbling a. a. O. S. 157 ff.

Leistung maßgebenden Rechtsgrunds als möglich angesehen wird und deshalb § 820 BGB. mit seiner Verschärfung der Herausgabepflicht zur Geltung kommt.

3. Für die Fälle der Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen (§§ 323 ff. BGB.) mag das Schicksal des Vorschusses hier durch Aufstellung des Schemas beispielsweise überblickt werden. Wenn die vertragsmäßige Leistung nachträglich noch bewirkt wird, ehe die Folgen der Unmöglichkeit geltend gemacht sind, so wird der Vorschuß einfach auf die Vergütungsforderung verrechnet; diese wird also in Höhe des Vorschusses wie bei normaler Gestaltung des Verhältnisses durch ihn befriedigt. Werden aber die Folgen der Unmöglichkeit sofort geltend gemacht oder wird nicht die beabsichtigte, sondern etwa eine andere Leistung nachträglich bewirkt, so stehen sich zwei Ansprüche gegenüber: der Vergütungsanspruch des Leistenden und die Vorschußrückforderung des Vorschußgebers. Diese Rückforderung stellt sich im Falle des § 323 als ein Bereicherungsanspruch in Höhe des Vorschusses dar. Im Falle des § 324 ist der Vorschuß auf die trotz der Unmöglichkeit geschuldete Gegenleistung wie sonst anzurechnen; von der Restsumme geht aber weiter so viel ab, als der Leistungsschuldner sich nach Abs. 1 Satz 2 anrechnen lassen muß, so daß also unter Umständen ein wirklicher Erstattungsanspruch des Vorschußgebers entsteht. Bei § 325 gibt der Anspruch auf Schadensersatz wie das Rücktrittsrecht[1]) dem Geber des Vorschusses mindestens den Anspruch auf dessen Rückgewähr[2]), wie dies auch der durch Satz 3 freigestellte Bereicherungsanspruch tut; hat bei teilweiser Unmöglichkeit die Teilleistung für den Gläubiger kein Interesse, so ist es ebenso, hat sie dagegen für ihn Interesse, so beschränkt sich die Rückforderung des Vorschusses auf die Grenze des Schadensersatzes wegen Nichtbewirkung der ausfallenden Teilleistung. Ebenso gibt der Leistungsverzug des § 326 nach ergebnislosem Fristablauf, bei Fehlen eines Interesses an nachträglicher Leistung und bei nutzloser Teilleistung den Erstattungsanspruch; bei erwünschter Nachlieferung kann durch Verrechnung des Vorschusses und des Verzugsschadens auf das Entgelt ein Anspruch des Gläubigers übrigbleiben.

4. Bei den einzelnen Arten von Schuldverhältnissen richtet sich der Erstattungsanspruch auch noch nach besonderen Vor-

[1]) Daß hier kein „Oder" bestehe, wie die h. M. annimmt, sondern daß das Rücktrittsrecht nur eine Form des Schadensersatzes und deshalb im Zweifel bei diesem immer gegeben sei und durch Geltendmachung des negativen Schadens ergänzt werde, führt Eckstein a. a. O. S. 436 f. aus.

[2]) Wo der Vorschuß in Sachen gegeben ist, greift beim Rücktrittsrecht auch § 347 Satz 1 und 2 ein.

schriften. Beim Kauf und Werkvertrag richtet sich die Rückgewähr nach vollzogener Wandlung nach Rücktrittsgrundsätzen (§§ 467, 634 Abs. 4); bei Minderung ist der Vorschuß insoweit zurückzuerstatten, als er den herabgesetzten Preis noch übersteigt. Bei Rücktritt wegen nicht rechtzeitiger Herstellung des Werks gehört der Vorschuß zu dem nach den §§ 636, 327, 346 Zurückzugewährenden wie auch zu dem zu ersetzenden Verzugsschaden. Der Mieter verlangt bei vorzeitiger Endigung des Mietvertrags den Vorschuß mit der condictio ob causam finitam zurück, soweit nicht Vertragsgrundsätze anzuwenden sind. Kann der Dienstverpflichtete bei Dienstvertrag mit oder ohne Geschäftsbesorgung den erhaltenen Vorschuß nicht abverdienen, so steht dem Dienstherrn je nach dem Falle die condictio causa data causa non secuta [1]) oder die condictio ob causam finitam — abgesehen von der Vertragsklage — gegen ihn zu. Im Falle des § 615 muß der Dienstverpflichtete nach Vorschußempfang sich so viel von der Vergütung abziehen lassen, als er nach der Sachlage nicht für Auslagen gebraucht hat; also muß er unter Umständen sogar etwas zurückzahlen. Wenn z. B. der Arbeitgeber dem Akkordarbeiter für Fahrgeld und Werkzeugerneuerung einen erheblichen Vorschuß gegeben hat, dann aber selbst dadurch in Verzug kommt, daß er die Arbeitsstätte oder das Arbeitsmaterial nicht bereithält oder ihm nicht fortgesetzt Akkordarbeiten anbietet [2]), so schuldet er ihm zwar die dem durchschnittlichen Akkordverdienste des Arbeiters oder — wenn dieser nicht festgestellt werden kann — die dem üblichen Zeitlohne entsprechende Summe als „Vergütung" für die nutzlos verstrichene Zeit; diese Entschädigung ist aber unter Umständen geringer als der gegebene Vorschußbetrag oder -wert. Eine solche Rückforderung — praktisch: Anrechnungsmöglichkeit — hat der Dienstberechtigte auch im Falle des § 616, wenn er dem Arbeitnehmer für Aufwendungen Vorschuß gegeben hat: soweit die Aufwendungen durch die Nichtleistung der Arbeit erspart werden, ist der Vorschuß auf die durch § 616 zugebilligte „Vergütung" anzurechnen [3]), weil der Zweck dieses Vorschusses ja nur auf Vermeidung eigener Auslagen des Arbeitnehmers geht [4]).

5. Bei Naturalobligationen erfolgt keine Rückerstattung des Barvorschusses [5]); dagegen kann ein — z. B. bei unverbindlichen

---

[1]) So Oertmann, Vorb. 7 vor Darlehen.

[2]) Wölbling a. a. O. S. 133.

[3]) Lotmar, Band II S. 207 Anm. 1.

[4]) Vgl. zu den §§ 615 f. oben S. 41 mit Anm. 1.

[5]) Deshalb sind die Zahlungen vor Entstehung des Debetsaldos im Zweifel als Sicherheitsbestellung zu betrachten, vgl. oben S. 26.

(BörsG. §§ 55, 64, 66) Börsentermingeschäften — als Vorschuß gegebener Wechsel oder Scheck zurückgefordert werden[1]), da hier nur eine Hingabe erfüllungshalber vorliegt.

6. Da der Vorschuß ins Eigentum des Empfängers übergeht, so genießt bei Nichterfüllung eines Vertrags wegen Konkurses des Vorschußempfängers der Vorschußgeber kein Aussonderungsrecht, sondern der Anspruch auf Rückgabe des Vorschusses kann nur gemäß § 26 KO. als Konkursforderung geltend gemacht werden; d. h. an die Stelle des Vorschußbetrags oder -gegenstands tritt die Konkursdividende — und zwar bei nicht in Geld bestehendem Vorschuß nach Umwandlung in den Schätzungswert — gemäß der Höhe des Rückgabeanspruchs[2]). Während im Konkurse des Schuldners einer öffentlichen Abgabe im Sinne des § 61 Ziff. 2 KO. der Steuererheber, der die Abgabe vorschußweise für den Schuldner bezahlt hat, zu den bevorrechtigten Konkursgläubigern der zweiten Klasse gehört, hat er bei der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung nur einen persönlichen Anspruch gegen den Schuldner, da er in den § 10 Ziff. 3 ZVG., auf den der § 155 Abs. 2 verweist, nicht aufgenommen ist[3]).

7. Für die Verzinsung der Rückzahlungsschuld gelten die allgemeinen Vorschriften: aus dem BGB. die §§ 138 Abs. 2 (Grenze der Zinsvereinbarung), 246 (im Zweifel 4 v. H.), 288 (vierprozentige Zinspflicht bei Verzug des Rückerstattungspflichtigen, unbeschadet des etwa aus einer Vereinbarung oder einem Urteil sich ergebenden höheren Zinssatzes und der Geltendmachung eines weiteren Schadens), 289 (Zinseszinsverbot), 291 (Prozeßzinspflicht des Erstattungsschuldners), 347 Satz 3 (Verzinsung in den häufigen Fällen der Anwendung der Rücktrittsgrundsätze), 668 (siehe unten, vgl. auch 27 Abs. 3, 86, 713), 820 Abs. 2 (Milderung der Zinspflicht gegenüber der im übrigen verschärften Herausgabepflicht in den Fällen des Abs. 1), 1834 und 1915 (der Vormund und der Pfleger haben einen aus dem Mündel- bzw. Pflegschaftsvermögen bekommenen und für sich verwendeten Vorschuß ebenso zu verzinsen wie der Beauftragte nach § 668), ferner im HGB.: §§ 111 (Verzinsung des durch einen geschäftsführenden Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft unbefugt — vgl. § 115 f. — aus der Gesellschaftskasse entnommenen Gelds, also z. B. auch eines an sich begründeten, aber nicht eigenmächtig aus der Kasse zu entnehmenden Vorschusses), 352 (im Zweifel 5 v. H.), 353 (Verzinsung

[1]) Staub, Exk. zu § 376, Anm. 50.

[2]) Vgl. RG. 17 S. 78 ff.

[3]) Lüttich, a. a. O. S. 323 f., Jaeckel-Güthe, Anm. 14 a. E. zu § 10.

des Vorschußbetrags nach Fälligkeit der Rückgabeschuld; Zinseszinsverbot mit Ausnahme des Kontokurrents: 355), 354 (siehe unten).

Auf diese Bestimmungen ist hier nicht näher einzugehen. Nur folgende Punkte mögen aus ihnen herausgehoben werden. Verwendet der Beauftragte oder der ihm vom Gesetz Gleichgestellte Vorschußgelder für sich, die er dem Vorschußgeber herausgeben oder für ihn verwenden sollte, so hat er sie nach § 668 BGB. von dem Zeitpunkte der Verwendung an zu verzinsen. Darunter fällt also auch der Vorschußteil, den der Beauftragte nicht zur Ausführung des Auftrags braucht und nach § 667 herauszugeben hat, und zwar unterfällt er der Zinspflicht von dem Augenblick an, wo die Herausgabepflicht fällig ist; über diesen Zeitpunkt ist noch unten[1]) zu reden. Für die Zeit vor dieser Fälligkeit sind nur die gezogenen Zinsen herauszugeben. Da aber der Vorschuß in das Eigentum des Empfängers geflossen ist, so wird sich der Beweis des Zinsgewinns meist sehr schwierig gestalten, wenn nicht der Empfänger gerade das Vorschußgeld in einer bestimmten Weise angelegt hat, die — wie etwa ein bestimmtes Wertpapier — ihm zweifellos Zinsen eingebracht hat; dazu ist aber der Vorschußempfänger um so weniger verpflichtet, als er ja mit Rücksicht auf den erhaltenen Auslagenvorschuß stets einen dem voraussichtlichen Bedarf entsprechenden Betrag zur Ausführung des Auftrags bereithalten muß[2]).

Über die in § 354 HGB. auch dem Nichtkaufmann, also z. B. dem Kommis, dem Reisenden, grundsätzlich auferlegte Zinspflicht ist schon oben gesprochen[3]). Tritt sie im Zweifel schon bei Verrechnung auf die fällig werdende Leistung ein (in Gestalt der Vergrößerung des von der Leistung rechnerisch abzuziehenden Betrags), dann um so mehr bei wirklicher Zurückvergütung des Vorschusses.

II. Parteien.

Bezüglich der beteiligten Personen ist im allgemeinen auf das oben S. 30 ff. Gesagte zu verweisen.

Bei einem von dritter Seite gegebenen Vorschuß erfolgt die Anrechnung auf die von der einen Partei des Hauptverhältnisses der anderen geschuldete Leistung, also zum Beispiel bei der Verkaufskommission auf vom Käufer dem Kommittenten geschuldeten Kaufpreis.

Die Parteien des Hauptverhältnisses sind demnach auch die Parteien des Rückerstattungsanspruchs.

---

[1]) S. 85 f.

[2]) Vgl. oben S. 67.

[3]) Vgl. S. 29.

Der Erstattungsanspruch des Vorschußgebers gegenüber demjenigen, auf dessen Schuld er den Vorschuß gegeben hat, ist davon scharf zu trennen[1]). Nur wenn die Verrechnung mit dem Vorschußempfänger nicht erfolgt und der Vorschußgeber von dem ihm Erstattungspflichtigen keine Erstattung des Vorschusses erlangt, erwächst ihm der Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger.

Der gemäß § 91 Abs. 2 ZPO. der obsiegenden Partei gegenüber der unterliegenden zustehende Anspruch auf Erstattung der Gebühren und Auslagen ihres Rechtsanwalts, also auch des Vorschusses, ist kein Anspruch auf Rückerstattung; ein solcher erwächst ihr nur dann, und zwar gegenüber ihrem Anwalt, wenn der ihm gezahlte Vorschuß die ihm zu erstattenden Gebühren und Auslagen übersteigt, wie auch die unterliegende Partei in diesem Falle ihrem Anwalt gegenüber diesen Anspruch hat.

Des Zusammenhangs wegen ist schon oben S. 36 f. untersucht, wie sich der Rückerstattungsanspruch unter Parteien mit einer Personenmehrzahl gestaltet. Bei der Verteilung der Schuld bzw. der Forderung auf die einzelnen Köpfe wie bei der Belastung mit der Gesamtverpflichtung ist zu beachten, daß nicht nur der Vorschußbetrag als solcher, sondern auch die Nebenforderungen (auf Zinsen) und die etwa eintretenden Schadensersatzforderungen in gleicher Weise zu verteilen sind.

Die Bemerkungen über die Geschäftsfähigkeit der Parteien finden sich aus demselben Grunde oben S. 38.

III. Fälligkeit und Verjährung.

1. Die Fälligkeit, das heißt der Zeitpunkt, wo die Erfüllung des Rückgabeanspruchs verlangt werden kann, ist der Augenblick, wo die materiellen Voraussetzungen des Anspruchs eingetreten sind. Wie bei der Entstehung des Anspruchs auf Leistung eines Vorschusses[2]), beantwortet das „Wenn" der Voraussetzung (zum Beispiel „wenn" der Leistungspflichtige nach Vorschußempfang den Vertrag bricht) ebenso die Frage nach dem „Wann?" wie die nach

[1]) Es ist schief, wenn Düringer-Hachenburg Anm. 2 zu § 393 sagt, der Empfänger des Geldes und der Zurückzahlende seien nicht immer identisch. Diese „Zurückzahlung" ist in Wirklichkeit eine Erstattung der Auslagen des Kommissionärs seitens des Kommittenten bzw. Dritten, während die Vorschußzahlung zwischen dem Kommittenten und dem dritten Vertragsgegner auf die von dem einen oder anderen Teile geschuldete Leistung verrechnet wird und die etwaige Rückzahlungspflicht auf den Kommittenten fällt.

[2]) Vgl. oben S. 54.

dem „Ob?“ Sind die Voraussetzungen für die Rückgabe eingetreten, so kann diese nach § 271 BGB. „sofort“ verlangt werden.

Bei der Ausführung des § 615 BGB. zeigt sich übrigens für den etwa entstehenden Rückgabeanspruch des Arbeitgebers[1]) eine naheliegende Möglichkeit, die die ohnehin meist schlechte Aussicht des Arbeitgebers auf Durchsetzung seiner Ansprüche gegenüber dem Arbeitnehmer noch verschlechtert. Da nämlich die durch Satz 2 des § 615 bestimmte Anrechnung erst bei Fälligkeit des Lohnes oder einer zeitlich festgelegten Vorschuß- oder Abschlagszahlung stattfindet, also unter Umständen zu einer Zeit, wo das Arbeitsverhältnis *tatsächlich*[2]) schon aufgehoben ist und der Arbeitnehmer schon anderswo in Arbeit steht (was ja der Paragraph selbst vorsieht), so ergibt sich daraus nicht nur die Unbequemlichkeit (die für den Arbeitnehmer größer ist als für den Arbeitgeber), daß unter Umständen von Ort zu Ort über die Frage und im besonderen die Höhe der Anrechnung verhandelt werden muß, sondern in dem Falle, wo der Arbeitgeber nach Leistung eines hohen Vorschusses noch einen Teil davon zurückzufordern hat, die Erschwerung der Durchführung dieses Anspruchs.

Kann der heimgegebene Vorschuß gemäß einer *Vereinbarung* der oben S. 18 f. beschriebenen Art zurückgefordert werden[3]), so bezeichnet wiederum der Eintritt der (vertraglichen) Voraussetzung den Zeitpunkt der Fälligkeit, wenn dieser nicht in der Verabredung noch besonders festgesetzt ist.

Beim nicht verbrauchten *Auslagenvorschuß*[4]) dagegen muß mangels eines solchen Ereignisses der Zeitpunkt der Rückgabepflicht auf anderem Wege bestimmt werden. Auch hier ist wieder der Auftrag zugrunde zu legen als Beispiel für die verwandten Fälle. Das Gesetz bestimmt aber — wie die Motive II S. 539 berichten — in seinem § 667 über die *Zeit* absichtlich nichts, weil die Fälle zu verschiedenartig liegen, weshalb auf den aus dem Inhalte des Auftrags zu entnehmenden Willen des Auftraggebers verwiesen wird. Es bedarf keiner näheren Begründung, daß der Vorschuß während der Dauer des Auftragsverhältnisses nicht zurückgefordert werden kann, solange noch die Notwendigkeit von Auslagen vorauszusehen ist, denn in diesem Falle könnte der Vorschuß ja klagweise ver-

[1]) Vgl. oben S. 81.

[2]) Vgl. Lotmar, Band II S. 311 Anm. 2. Die — im Zweifel nicht bestehende, aber durch § 626 oder § 627 wohl häufig eintretende — Möglichkeit auch rechtlicher Aufhebung würde den Vergütungsersatz fällig machen und damit die ganze oben dargelegte Unannehmlichkeit vermeiden lassen.

[3]) Vgl. auch oben S. 78.

[4]) Vgl. ebenda.

langt werden. Die Rückforderung des Vorschusses kann fast ebensowenig wie seine Verweigerung[1]) von vornherein als Kündigung des Auftrags ausgelegt werden — und zwar aus denselben Gründen. Wenn für die weitere Durchführung des Auftrags der gewährte Vorschuß überhaupt nicht oder wenigstens nicht in absehbarer Zeit notwendig sein wird, entspricht es Treu und Glauben, daß der Beauftragte einen einigermaßen erheblichen Betrag dem Auftraggeber auf Verlangen (ganz oder teilweise) zurückgibt und den Vorschuß bei Eintritt erneuten Bedürfnisses wieder verlangt. Für alle diese hier gebrauchten elastischen Begriffe kann jedoch nur der Zweck und die Interessenlage des einzelnen Rechtsverhältnisses einen Maßstab abgeben; im Notfalle muß eben wie für die Durchführung des Vorschußverlangens der dornenvolle Weg des Prozesses eingeschlagen werden. So viel kann aber in allgemeiner Weise gesagt werden: liegt kein solcher *besonderer* Anlaß zur Rückgabe während des Auftragsverhältnisses vor, so ist der natürliche Zeitpunkt der Herausgabe des Vorschusses wie des sonst Erhaltenen und Erlangten[2]) das *Ende* des Auftragsverhältnisses, wie ja § 666 die Rechenschaftsablegung ebenfalls auf diesen Zeitpunkt legt.

2. Während der Anspruch auf *Leistung* eines Vorschusses nicht der *Verjährung* unterliegt[3]), stehen ihr bei dem Anspruch auf *Rückerstattung* keine Hindernisse entgegen. Im allgemeinen verjährt demnach der Rückgabeanspruch gemäß § 195 BGB. in 30 Jahren. Besondere Erwähnung finden indes bei der kurzen Verjährung des § 196 in Ziff. 8, 9 und 16 die Ansprüche der Dienstberechtigten, im besonderen der gewerblichen Arbeitgeber sowie der Prozeßparteien wegen der ihren Arbeitnehmern (im umfassenden Sinne Lotmars, wozu auch die Rechtsanwälte gehören) geleisteten Vorschüsse; diese Fälle bilden tatsächlich die Mehrzahl. Der Beginn der Verjährung bestimmt sich im Sinne der §§ 198, 201 nach dem gemäß den obigen Ausführungen zu entstehenden Zeitpunkt der Fälligkeit.

IV. Gegenforderungen.

Dem Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Vorschüsse stehen häufig *Ansprüche des Rückgabepflichtigen* gegenüber. Eine Reihe von Beispielen dieser Möglichkeit hat schon oben S. 80 ff. bei den §§ 323 ff., 467, 634, 636, 615 f. BGB. Erwähnung finden müssen.

---

[1]) Vgl. oben S. 61.
[2]) RGKomm. Anm. 4 zu § 667.
[3]) Vgl. oben S. 63 f.

1. Sofern sich nun Geldschulden gegenüberstehen, gestattet zunächst § 387 BGB. die Aufrechnung. Allenfalls — z. B. wo die Fälligkeit noch nicht eingetreten ist — wird derselbe Zweck auf Grund des § 305 BGB. durch einen Aufrechnungsvertrag erreicht. Wo Lebensmittel, Kohlen oder andere nicht in Bargeld bestehende Sachen als Vorschuß gegeben worden sind, wird die einseitige Aufrechnung in den meisten Fällen durch die Ungleichartigkeit der Leistungen verhindert; hier läßt § 305 noch die Möglichkeit des gegenseitigen Erlasses.

2. Wieweit indes die Aufrechnung, der Aufrechnungsvertrag und der Erlaßvertrag durch die Lohnschutzbestimmungen (BGB. § 394, ZPO. § 850, LohnBG. insbes. § 1 und 2) verboten werden, bedarf hier nicht der näheren Untersuchung, da diese Frage nicht dem Vorschußrückgabeanspruch als solchem eigentümlich ist, sondern ebenso bei sonstigen Gegenansprüchen des Arbeitgebers auftaucht, z. B. bei der Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung. Hier mag nur weniges angedeutet werden[1]). Bewirkt der Vorschußempfänger die ihm obliegende Leistung überhaupt nicht, tritt er z. B. seinen Dienst gar nicht an, so hat er keinen Lohn verdient, kann sich also auch nicht auf den Lohnschutz berufen, der nur den verdienten Lohn im Auge hat. Überdies kann der Arbeitgeber seine aus § 611 Abs. 1 BGB. entspringende Lohnschuld alsbald durch sofortige Kündigung gemäß BGB. § 626, GewO. § 123 Ziff. 3, württ. Gesindeordnung Art. 5 Abs. 1, Art. 11 beseitigen oder durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach § 320 BGB. wenigstens tatsächlich hinfällig machen. — Erfolgt dagegen Arbeitseinstellung, so ist zu unterscheiden, ob die bewirkte Arbeitsleistung für den Arbeitgeber Interesse hatte oder nicht. In jenem Falle ist der Arbeitgeber wegen der Unmöglichkeit der Aufrechnung seiner Gegenansprüche gegen die Lohnforderung für die Teilleistung auf die Widerklage angewiesen, die ihm im Falle der Zwangsvollstreckung seitens des Arbeiters die Möglichkeit gibt, den bei ihm für den Arbeiter gepfändeten Betrag gleich wieder dem Arbeiter abzupfänden (soweit § 811 Ziff. 2 ZPO. nicht eingreift), da das LBG. mit seinem Schutze des geschuldeten, nicht des ausbezahlten Lohns hier nicht hindert. Im zweiten Falle aber ist die Aufrechnung möglich; da nämlich nach den §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2, 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2, 327 die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Bestimmungen der §§ 346—356 entsprechende Anwendung finden und in § 346 Satz 2 dem Arbeiter nicht ein Lohnanspruch,

[1]) Vgl. Sinzheimer a. a. O. S. 57 ff.

sondern ein Gelderſatz für die nicht mögliche Rückgabe der geleiſteten Dienſte gewährt iſt, ſo hat ſich damit die Lohnforderung des Arbeiters in einen gewöhnlichen Anſpruch verwandelt, gegen den die Aufrechnung des Rückgabeanſpruchs zuläſſig iſt[1]).

V. Vertrags- und Bereicherungsklage.

1. Die Lehre von der Subſidiarität der Bereicherungsklage gegenüber der Vertragsklage iſt im Rahmen dieſer Arbeit nicht zu unterſuchen[2]). In manchen Verhältniſſen kommt überhaupt nur die Bereicherungsklage in Frage, ſo bei dem Vormund und Pfleger, ebenſo wenn der für die Ausſtellung einer Quittung, einer Abtretungsurkunde, einer neuen Schuldverſchreibung auf den Inhaber oder für die Vorweiſung einer Sache oder für die Aufnahme oder Beglaubigung eines Nießbrauchsverzeichniſſes gewährte Vorſchuß rückforderbar iſt, mag dieſer Fall nun für den ganzen Vorſchuß wegen Wegfalls des Verlangens oder der Koſten oder wenigſtens für einen Teil des Betrags wegen teilweiſen Nichtbedarfs eintreten.

2. Die Bereicherungsklage kann in all den verſchiedenen Formen auftreten, die das BGB. für ſie vorſieht. Die Vorſchußleiſtung kann ebenſogut Tilgung einer vermeinten Schuld ſein, wie ſie auf einem Rechtsgrund beruhen kann, der ſpäter wegfällt, oder wie ſie nach dem Inhalt des Rechtsgeſchäfts einen Erfolg bezwecken kann, der nicht eintritt. Bezüglich dieſer zum Geſchäftsbeſtandteil erhobenen Vorausſetzung hebt übrigens Staudinger[3]) hervor, daß bei ihrem Nichteintritt bei gegenſeitigen Verträgen (§§ 320 ff. BGB.) der Umſtand, daß der Vorſchußempfänger ſeine Verbindlichkeit nicht erfüllt, dem Gegner nur dann das Recht gibt, den zur Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit geleiſteten Vorſchuß zurückzufordern, wenn mit der Leiſtung nach dem Inhalte des Rechtsgeſchäfts bezweckt war, den Empfänger zur Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit zu veranlaſſen, was ja allerdings eine der Hauptaufgaben des Vorſchuſſes iſt. — Wenn aber das RG. in Band 66 S. 132 ausführt, daß § 812 bei Gegenſeitigkeitsgeſchäften nicht ſchlechthin bei Nichtgewährung der Gegenleiſtung anwendbar ſei, weil die Schaffung eines Rechtsanſpruchs auf dieſe ſchon den Empfang und das Behalten der Leiſtung als

---

[1]) Sinzheimer a. a. O. S. 60 f.

[2]) Vgl. dafür z. B. RG. 66 S. 132, RG. in JW. 1908 S. 403; Oertmann, Vorb. 4 vor § 812; dagegen z. B. RG. 48 S. 142, RGKomm. Anm. 1 zu § 812; Planck, Vorb. 5 vor § 812; Dernburg, II 2 § 374.

[3]) Anm. I 4 d γ zu § 812 — hier oben gleich in Anwendung auf den Vorſchuß wiedergegeben.

gerechtfertigt erscheinen lasse, so ist daran zu erinnern, daß die grundlose Bereicherung hier eben meist in dem späteren Wegfall des Grunds oder im Nichteintritt des vertragsmäßigen Erfolgs infolge positiver Vertragsverletzung oder sonstiger Umstände liegt und dann den § 812 zur Anwendung bringt, wie auch das RG. wenigstens zugibt, daß § 812 Platz greife, wenn ein über den Anspruch auf die Gegenleistung hinausgehender Erfolg Vertragsinhalt geworden sei.

Obwohl die Vorschußleistung — soweit nicht eine Zahlungszeit für sie bestimmt ist — allgemein die vorzeitige Erfüllung einer betagten Verbindlichkeit darstellt, ergibt sich der oben Seite 66 und 78 für die Regel gefundene Ausschluß der Rückforderung doch nicht aus § 813 Abs. 2, sondern, wie gezeigt, unmittelbar aus dem Wesen des Vorschusses. Während bei § 813 Abs. 2 nur insofern keine Bereicherung vorliegt, als der Empfänger infolge des Leistungsempfangs seinen Anspruch durch Tilgung eingebüßt hat, im übrigen aber eine — wenn auch schwer bezifferbare — grundlose Bereicherung darin wohl gesehen werden könnte, daß der Gläubiger durch die Leistung vor Fälligkeit Vorteile erlangt hat (z. B. den Zinsgenuß), die dem Leistenden entgehen[1]), ist es gerade einer der Hauptzwecke der Vorschußhingabe, daß der Empfänger dadurch finanziell gestärkt wird, daß er die Leistung früher bekommt.

Soweit in der angeführten Literatur die Rückforderung des Vorschusses in Betracht gezogen ist, wird überwiegend einfach von der Bereicherungsklage gesprochen, und zwar im Gegensatze zur Darlehensklage bei Gelegenheit der Abgrenzung von Vorschuß und Darlehen. So hebt z. B. die in JW. 1912 S. 684 veröffentlichte RGEntscheidung, der ein Kaufgeschäft zugrunde lag, als Folge des Unterschieds hervor, daß bei Vorauszahlung nie die Darlehensklage, sondern nur die Bereicherungsklage erwachse, wenn die Schuld nicht zur Entstehung gelange, während in einer früheren Entscheidung[2]) das RG. als ein Beispiel des Zusammentreffens der Vertragsklage mit der Bereicherungsklage und daher als ein Beispiel der Unanwendbarkeit der die Subsidiarität verneinenden Entscheidung in RG. 48 S. 139 ff. den Fall anführt, wenn der Darlehensvertrag aus irgend einem Grunde wegfalle oder etwa eine positive Vertragsverletzung vorliege, die dem einen Vertragsteile einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschafft habe. Ebenso sagt Oertmann[3]), wenn der Arbeiter den Vorschußbetrag nicht abverdienen könne, so habe der Arbeitgeber nicht den

[1]) Vgl. Mot. II S 835.
[2]) RG. in JW. 1908 S. 403 ff.
[3]) Vorb. 7 vor Darlehen.

Darlehensanspruch, sondern die condictio causa data causa non secuta. In gleicher Weise läßt Kuhlenbeck[1]) aus dem Vorschuß als Vorausleistung eine condictio indebiti oder ob causam datorum entspringen.

Die Bereicherungsklage hat für den rückforderungsberechtigten Vorschußgeber verschiedene Nachteile, besonders im Arbeitsrecht im engeren Sinne. Von geringer praktischer Bedeutung wird zwar bei der verhältnismäßig nicht so häufigen Hingabe von Sachen als Vorschuß der Umstand sein, daß bei Unmöglichkeit der Herausgabe § 818 Abs. 2 eine mildere Ersatzpflicht aufstellt als die §§ 280, 327, 346 bei einem vom Vorschußempfänger zu vertretenden Umstand. Da aber bei der überwiegenden Häufigkeit des Geldvorschusses die Unmöglichkeit der Herausgabe eben den Wegfall der Bereicherung bedeutet und dann ohne Rücksicht auf den Grund des Wegfalls[2]), also selbst bei Verschulden des Empfängers die Verpflichtung zur Herausgabe aufhebt, so wird die auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützte Klage sehr häufig mit einem Mißerfolge enden, während die Vertragsklage dem Kläger wenigstens einen Vollstreckungstitel verschafft, der ihm im Falle neuen Erwerbs des Beklagten zur Befriedigung verhelfen kann.

Auch im Punkte der Beweislast stellt die Bereicherungsklage den Kläger ungünstiger. Die frühen Entscheidungen des RG. im 3., 5. und 14. Bande der Entscheidungen[3]), auf die die Motive II Seite 843 hinweisen[4]), von denen jedoch nur die zwei letztgenannten sich eingehender mit der Frage beschäftigen, bürden dem Beklagten in sehr weitgehendem Maße die Beweislast auf. Ihre Schlüsse bauen sich aber auf Prämissen auf, die hier nicht zugrunde gelegt werden können. Sie gehen nämlich davon aus, daß durch die Hingabe des Vorschusses als einer Leistung, die im Hinblick auf eine bestimmte causa futura, nämlich die Erwartung, daß der Empfänger entsprechende Forderungen erwerben werde, geschehe, zunächst eine Rückerstattungspflicht erwachse, die durch Verrechnung der entstandenen Forderungen des Empfängers erst ausgeschlossen werden müsse, so daß also der Empfänger das Empfangene bis zum Eintritt der vorausgesetzten causa futura ohne Rechtsgrund habe und demnach nicht der rückfordernde Kläger den Beweis der Nichtentstehung jener Forderungen,

---

[1]) In JW. 1904 S. 402 wie in Rechtsprechung des RG. II S. 278.

[2]) RG. 65 S. 298; Staudinger, Anm. 5 zu § 818.

[3]) RG. 3 S. 87 ff., 5 S. 26, 14 S. 217 ff., 225; siehe auch RG. in JW. 1900 S. 324.

[4]) Indem sie die Frage der Beweislast der Wissenschaft überlassen.

sondern der beklagte Empfänger die Erfüllung dieser Voraussetzung — d. h. die Entstehung von Forderungen auf seiner Seite in Höhe des Vorschußbetrags — zu beweisen habe. Demgegenüber muß hier daran festgehalten werden, daß die Vorschußleistung Tilgung einer Schuld ist; hierin liegt der Rechtsgrund ihres Empfangs[1]). Will der Vorschußgeber seine als eine endgültige beabsichtigte Leistung mit der Behauptung ungerechtfertigter Bereicherung wieder rückgängig machen, so soll er auch die Tatbestandsmerkmale der ungerechtfertigten Bereicherung beweisen[2]). Bei der condictio causa finita hat der Rückfordernde also darzutun, daß der Grund der Leistung nachträglich wieder weggefallen sei[3]). Bei der condictio ob causam datorum (causa data causa non secuta) muß der Kläger mindestens beweisen, daß er geleistet habe, und zwar nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts um eines bestimmten Erfolgs willen; ob aber der Kläger die Vereitlung oder der Beklagte den Eintritt des Erfolgs beweisen müsse (h. M.), ist wiederum bestritten[4]) und von der Absicht der Parteien über das Schicksal der Leistung bis zur Entscheidung abhängig; da nun die Parteimeinung beim Vorschuß dahin geht, daß er in den Händen des Empfängers bleiben soll, so hat der Kläger mindestens auch zu beweisen, daß die Entscheidung gefallen sei, nach der wohl richtigen Ansicht Staudingers auch, wie sie ausgefallen ist.

3. Bei der Vertragsklage dagegen liegt dem Kläger, der Rückgabe des Vorschusses fordert, nur der Beweis der Vorschußhingabe und der Übernahme der betreffenden Verbindlichkeit durch den Vorschußempfänger ob. Die vom Kläger behauptete Nichterfüllung muß der Beklagte — außer im Falle des § 363 — durch den Nachweis gehöriger Erfüllung widerlegen; nötigenfalls — bei tatsächlicher Nichterfüllung — hat er zu beweisen, daß ihn kein Verschulden treffe (§ 282). In den häufigen, besonders den Auslagenvorschuß betreffenden Fällen, wo dem Empfänger eine Rechenschaftspflicht obliegt (in allen nach Auftragsgrundsätzen zu beurteilenden Rechtsverhältnissen, vgl. zum Beispiel die §§ 666, 675, 27 Abs. 3, 86, 713, 1840), trifft ihn diese Beweislast für sein Nichtverschulden auch dann, wenn erfüllt ist und doch noch Schadensersatz wegen Verschuldens gefordert wird, wobei aber der nur für diligentia quam suis Haftende (vgl. § 708) eine

---

[1]) Vgl. hierzu auch oben Seite 66.

[2]) So jetzt RGKomm. Anm. 11 zu § 812, siehe auch RG. 60 S. 420.

[3]) Staudinger, Anm. I 4 c η zu § 812.

[4]) Vgl. darüber besonders Enneccerus, I 2 § 444 II; Staudinger, Anm. I 4 d η zu § 812; zur h. M. vgl. außer den genannten RGEntscheidungen Dernburg, II 2 § 377 III.

seiner Haftungsbeschränkung entsprechende Milderung seiner Beweislast genießt[1]).

Der konkrete Tatbestand, dessen Rechtsfolgen nach der Behauptung des Rückfordernden die Pflicht der Rückgabe erzeugen, ist demnach bei der Vertragsklage dargetan, wenn der Beklagte seine Befreiung nicht nachzuweisen oder zu entschuldigen vermag, während der mit der Bereicherungsklage in Anspruch Genommene abwarten kann, ob der Kläger die nachträgliche Aufhebung des Rechtsgrundes der Vorschußhingabe zu begründen imstande ist.

Es besteht aber durchaus kein Grund, den Vorschußgeber grundsätzlich auf die Bereicherungsklage zu beschränken[2]). Vielmehr muß in jedem einzelnen Falle geprüft werden, ob außer dem Bereicherungsanspruch ein anderer Anspruch Platz greift. Rechtsverhältnisse, wo dies nicht der Fall ist, sind schon oben S. 88 erwähnt. Im Bejahungsfalle muß man sich unter Umständen in der Frage der Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs entscheiden. Allein diese Frage ist — wie das RG. in JW. 1908 S. 403 ff. ausführt — nur dann aufzuwerfen, wenn derselbe Anspruch auf mehrere Rechtsgründe gestützt werden kann, die nebeneinander aus demselben Tatbestand erwachsen sind und von denen einer der Rechtsgrund der grundlosen Bereicherung ist. Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung im Sinne des § 280 und der §§ 325 f. BGB. wie die Anwendung der in demselben Paragraphen und in § 327 herangezogenen Rücktrittsgrundsätze zielt auf volle Rückgewähr des Vorschusses, unabhängig von dem Wegfall der Bereicherung; nur wenn der rücktrittbegründende Umstand nicht von dem Vorschußempfänger zu vertreten ist, wird der Vorschußgeber auf den Bereicherungsanspruch verwiesen. In Übereinstimmung mit diesen Ausführungen gesteht Schalhorn[3]) dem Arbeitgeber die Vertragsklage zu, wenn der Arbeiter den Dienstvertrag nicht erfüllt. Beim Auftrage kann sich die auf Rückgabe des Vorschusses gehende Klage auf § 667 stützen; dabei ist auch der Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen (Zinsen) in § 667 eingeschlossen, er ist nicht auf den Bereicherungsanspruch beschränkt, weshalb der erste Entwurf ihn ausdrücklich erwähnt hatte[4]). Bei den

---

[1]) Vgl. zu diesen Ausführungen Dernburg, II § 70 und § 115; Enneccerus, I 2 § 286; Staudinger, Anm. 3 zu § 669; Planck, Anm. 5 c zu § 662, RG. 20 S. 269.

[2]) Wie andererseits die Beschränkung auf die Vertragsklage, wo diese zusteht, nicht überzeugend dargetan ist.

[3]) In SozPr. 8 S. 797 f.

[4]) Mot. II S. 539.

Geschäftsbesorgungsverträgen im Sinne des § 675 ist u. a. auch § 667 für entsprechend anwendbar erklärt. Ebenso bringen auch die §§ 27 Abs. 3, 86, 713 diese Vorschrift zur Geltung. Weitere Fälle der Vertragsklage im allgemeinen und bei einzelnen Schuldverhältnissen haben schon oben S. 80 f. Erwähnung gefunden.

Aus diesem Überblick ergibt sich, daß auch da, wo die Bereicherungsklage möglich ist, doch meistens noch andere Wege offen stehen, die vorgezogen werden mögen.